UNIVERSITÉ DE DSCHANG

****

ÉCOLE DOCTORALE

****

UFD de Droit et Sciences Politiques

THE UNIVERSITY OF DSCHANG

****

POST-GRADUATE SCHOOL

****

TRU of Law and Political Sciences

LE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS EN DROIT OHADA

Thèse de Doctorat / Ph.D en droit privé présentée et soutenue publiquement le 03 août 2016

PAR

MAGUEU KAMDEM Joëlle Débora

DEA en droit communautaire et comparé CEMAC

DEVANT UN JURY COMPOSE DE :

Président : Pr MODI KOKO BEBEY Henri Désiré, Université de Dschang ;

Rapporteurs : Pr NEMEDEU Robert, Université de Yaoundé II-Soa ;

Pr NGNINTEDEM Jean-Claude, Université de Ngaoundéré ;

Pr SOUPGUI Eloi, Université de Yaoundé II-Soa ;

MEMBRES : Pr KALIEU ELONGO Yvette Rachel, Université de Dschang ;

Pr MIENDJIEM Isidore Léopold, Université de Dschang.

La Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

DÉDICACE

À mes enfants Ange Étoile, Eltsine
Maxwell et Farida Carel nés au cours de ces recherches.

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer mes sincères remerciements et ma profonde gratitude :

À Madame le Professeur KALIEU ELONGO Yvette Rachel, mon directeur de thèse qui m'a fait l'honneur d'accepter de m'encadrer, sans ménager aucun effort et sans se lasser pour que cette thèse aboutisse. Ses précieux conseils et encouragements, sa disponibilité, sa patience ainsi que sa rigueur m'ont été d'une grande utilité. Je ne peux m'abstenir d'exprimer le plaisir que j'ai eu à travailler avec elle.

À Monsieur le Professeur MODI KOKO BEBEY Henri Désiré, pour son sens élevé du devoir dans la conduite de la F.S.J.P de l'Université de DSCHANG et surtout pour l'organisation et le suivi de l'unité de formation doctorale dont il est le directeur.

Au Docteur KAGOU KENNA Patrice, pour son amitié sincère, son soutien indéfectible et les nombreux échanges fructueux.

Au Docteur NJUTAPVOUI Zakari dont l'encadrement multiforme a été déterminant pour l'achèvement de ce travail.

Aux Docteurs MEDJO Solange et VOUDWE BAKREO, pour leurs lectures attentives, leurs commentaires et leurs conseils.

À toute ma famille, spécialement mes parents, mes frères et sœurs qui m'ont écoutée, soutenue et encouragée dans les moments d'incertitude et d'épuisement.

À la famille KENDO, pour le soutien qu'elle m'a toujours apportée. Qu'elle trouve ici l'expression de ma vive reconnaissance.

À Monsieur SIMO GHOMSI Martin, pour m'avoir assistée dans les moments difficiles.

À Monsieur FOMENE NOFOZO Eric, pour son soutien sans faille depuis mes prémiers pas dans cette voie.

À tous mes collègues et ami(e)s dont la présence et le soutien ont inlassablement accompagné ce travail. Merci à Gaetan, Etienne, Hervé, Éric, Yves, Desmond, Moussa, Marcel, Martial, Joël Christian, Isiyakou, Bedel, Zulandice, William, Ramses, Hilarion, Landry, Bane, Hortence, Confort, Nadine, Henriette, Nicole, Irène, Clarisse, Sonia.

Que soient enfin remerciés tous ceux qui, à divers niveaux, ont contribué à la réalisation de cette thèse et que je n'ai pas particulièrement cités.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

§ :	Paragraphe
AENGDE :	Applications et Éditions nouvelles de gestion et de droit des entreprises
Aff. :	Affaire
AU :	Acte uniforme
AUS :	Acte uniforme portant organisation des sûretés
AUPCAP :	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du Passif
AUDSCGIE :	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
AUDCG :	Acte uniforme portant sur le droit commercial général
Ass. plén. :	Assemblée plénière
BCB. :	Banque commerciale du Burkina.
BCD :	Banque Camerounaise de Développement
BICIC :	Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie du Cameroun
Bull. civ. :	Bulletin de la chambre civile de la Cour de Cassation française
Bull. crim. :	Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de Cassation française
c/ :	contre
C. :	Cour
CA :	Cour d'appel
Cah. dr. entr :	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. :	Cassation
Cass.Com. :	Chambre commerciale de la Cour de Cassation française
CCMC :	Crédits de mobilisation des créances commerciales
CE :	Conseil d'État
Cf. :	Confère
Ch. :	Chambre
Chap.	Chapitre
Chr. :	Chronique
Cir. :	Circulaire
Civ. :	Civile (chambre)
C.civ :	Code civil

C.com. :	Code de commerce
CCJA :	Cour Commune de Justice et d'Abitrage
CDC :	Cameroon Development corporation
CEMAC :	Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale
CGI :	Code Général des Impôts
Chron. :	Chronique
CJCE :	Cour de Justice des Communautés Européennes
COBAC :	Commission Bancaire de l'Afrique Centrale
Coll. :	Collection
Com. :	Commercial
CP :	Code pénal
DEA :	Diplôme d'études approfondies
DEPA:	Diplôme d'études professionnelles approfondies
DESS :	Diplôme d'études supérieures spécialisées
éd. :	édition, éditeur
exple :	exemple
EMF :	Établissement de microfinance
ESSEC :	École Supérieure des Sciences Économiques et Commerciales
Doctr. :	Doctrine
Dr. social :	Droit social
Dr. sociétés :	Droit des sociétés
fasc.	Fascicule
FMI :	Fonds Monétaire International
FNE :	Fons National de l'Emploi
FOGAPE :	Fonds d'aide et de Garantie aux Petites et Moyennes Entreprises
FOGADAC :	Fonds de Garantie des dépôts en Afrique Centrale
FDSP :	Faculté de Droit et de Science Politique
FSJP :	Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais
Ibid :	Même référence, dans un endroit différent
Idem :	Même référence, au même endroit
JCP :	Juris-classeur Périodique.
JCPC :	Juris-classeur Périodique Commercial
JO :	Journal Officiel
L.G.D.J :	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
ME :	Moyennes Entreprises
N. :	Note
N° :	Numéro
Obs. :	Observation.

OHADA :	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
op. cit. :	opere citatere (Cité plus haut)
Ord. :	Ordonnance
Ord. Réf. :	Ordonnance de Référé
PE :	Petites Entreprises
PME :	Petites et Moyennes Entreprises.
PMI :	Petites et Moyennes Industries.
Préc.	Précité
Préf. :	Préface
p. :	page
pp. :	pages
PU :	Presses Universitaires.
PUA :	Presses Universitaires d'Afrique.
PUAM :	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUC :	Presses Universitaires du Cameroun
PUF :	Presses Universitaires de France
PUG :	Presses Universitaires de Grénoble
PUL :	Presses Universitaires Libres
PUY :	Presses Universitaitaires de Yaoundé
R. :	Règlement.
RCCM :	Registre du commerce et du crédit mobilier
RDB :	Revue de Droit Bancaire.
RDBB :	Revue de Droit Bancaire et de la Bourse
RDBF :	Revue de Droit Bancaire et Financier
REF :	Références
Rép :	Répertoire
Rep. Civ.	Répertoire civil
Rev. Jurisp. Com.	Revue de Jurisprudence Commerciale
Rev. Proc. Coll. :	Revue des Procédures Collectives
RIDE :	Revue Internationale de Droit Économique
RJDA :	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
RJC :	Revue de Jurisprudence Commerciale
RTD Civ :	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD Com :	Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique
RTDE :	Revue Trimestrielle de Droit Européen
S. :	Suivant
SA :	Société anonyme
SAFACAM :	Société africaine forestière et agricole du Cameroun

SARL :	Société à responsabilité limitée
SAS :	Société par actions simplifiée
SNC :	Société en nom collectif
SCS :	Société en commandite simple
SGBC :	Société Générale des Banques au Cameroun
SGBB :	Société Générale des Banques au Burkina
SEMC :	Société des Eaux Minérales du Cameroun
SNEC :	Société Nationale des Eaux du Cameroun
SOCAPALM :	Société Camerounase de palmeraies
Spéc :	Spécial ou spécialement
Sté :	Société
Supra :	Plus haut
T. :	Tome
TGI :	Tribunal de Grande Instance
TPE :	Très petites entreprises
TPI :	Tribunal de Première Instance
Trib. :	Tribunal
Trib. com. :	Tribunal de commerce
UCAC :	Université Catholique d'Afrique Centrale.
UEAC :	Union Économique de l'Afrique Centrale.
UEMOA :	Union Économique et Monétaire Ouest africaine
UMAC :	Union Monétaire de l'Afrique Centrale
UNIDA :	Association pour l'Unification du Droit en Afrique
Vol :	Volume

RÉSUMÉ

L'utilité du financement dans le sauvetage des entreprises en difficultés est indéniable. Cette utilité se dégage de la nouvelle conception du traitement des défaillances d'entreprises. Celle-ci impose en effet, de sauvegarder les entreprises susceptibles de l'être parce que de cette survie dépend le développement économique. Pour le sauvetage des entreprises en difficultés, le financement est d'autant plus intéressant que les causes immédiates de défaillance sont financières. L'entreprise est généralement en difficultés parce qu'elle a, au moins momentanément, épuisé ses fonds propres. Elle doit donc être financièrement assistée afin de sortir du cap difficile.

Financer une entreprise en difficultés c'est lui fournir des capitaux nécessaires à son redressement. Vu sous cet angle, le financement ne serait possible que dans les procédures de conciliation, de règlement préventif et de redressement judiciaire qui n'interviennent qu'à l'égard des entreprises viables. Plusieurs techniques ont été prévues à cet effet. Certaines sont internes à l'entreprise tandis que d'autres lui sont externes. Outre le recours à ses membres, l'entreprise peut solliciter le concours des tiers afin de surmonter ses difficultés. Les pouvoirs publics, les banques, les établissements de microfinance, les fournisseurs, les tontines, les associés, les dirigeants et même les salariés ont donc chacun un rôle à jouer dans le renflouement financier des entreprises en difficultés. On est dès lors fondé à se demander si les règles prévues par le législateur des procédures collectives d'apurement du passif OHADA sont de nature à inciter tous ces partenaires et membres au financement de ces dernières.

Au regard du privilège « *d'argent frais*» institué en faveur des personnes ayant apporté un concours à une entreprise postérieurement à ses difficultés, l'on peut saluer cette volonté du législateur OHADA de favoriser le financement des entreprises en difficultés. Seulement, il gagnerait à étendre la mesure de façon explicite aux membres des entreprises ayant concouru au sauvetage de ces dernières. Ceci est d'autant plus pertinent que leur contribution s'avère plus efficace au regard des contraintes auxquelles sont assujettis la plupart des acteurs du financement externe. De plus, afin de permettre au privilège d'atteindre ses objectifs, le législateur ferait mieux d'encadrer la responsabilité des donneurs de crédit aux entreprises en difficultés.

ABSTRACT

The utility of funding in the rescue of enterprises in difficulties is undeniable. This utility follows from the new conception of treatment of enterprises in difficulties. This imposes in effect, the rescue of enterprises likely to be such because this depends on economic development. For the rescue of enterprises in difficulties, financing is much important as the immediate causes of insolvency are financial. An enterprise is generally in difficulties because it has at least momentarily, exhausted its net capital or assets. It should therefore be assisted to come out of the difficult course.

To fund an enterprise in difficulties is to furnish it necessary capital for its redress. Seen from this angle, funding would only be possible under the procedures of conciliation, preventive settlement and legal redress, which intervene only with regard to viable enterprises. Several techniques have been provided to this effect. Some are internal to the enterprise while others are external. Besides recourse to its members, the enterprise may solicit help from third parties in order to surmount its difficulties. Public authorities, banks, microfinance establishments, suppliers, *tontines*, shareholders, directors and even employees, each have a role to play in the financial reinforcement of enterprises in difficulties. We therefore have reason to question whether the rules laid down by the legislator of OHADA collective proceedings and wiping up debts, are of the nature to incite them to finance the latter.

With regard to the privilege of "*fresh money"* instituted in favour of persons who have given support to an enterprise posterior to its difficulties, we can laud this will of the OHADA legislator to encourage the funding of enterprises in difficulties. However, it would be better to expressly extend the measure to members of the enterprise having come together in the rescue of the latter. This is very pertinent as their contribution appears more efficacious with regards to the constraints to which most actors of external funding are subject. In addition, in order to allow the privilege attain its objective, the legislator would do better if it regulates the responsibility of credit donors to enterprises in difficulties.

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE 1

PREMIÈRE PARTIE. LE FINANCEMENT INTERNE : MOYEN DE FINANCEMENT EFFICACE MAIS LIMITÉ DANS SON ENCADREMENT 23

TITRE 1. LES TECHNIQUES DE FINANCEMENT PROPRES À L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉS..... 26

CHAPITRE 1 .LES CESSIONS D'ACTIFS : SOLUTION HEUREUSE DE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS 28

CHAPITRE 2. LA LOCATION-GÉRANCE : MODE DE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS..... 66

TITRE II. LE RECOURS AUX ACTEURS DE LA VIE SOCIÉTAIRE..... 110

CHAPITRE 1. LES TECHNIQUES DE FINANCEMENT INTERNE PRIVILEGIÉES 112

CHAPITRE 2. LES TECHNIQUES DE FINANCEMENT INTERNE SECONDAIRES 213

DEUXIÈME PARTIE. LE FINANCEMENT EXTERNE: MOYEN DE FINANCEMENT LARGEMENT ENCADRÉ ET LIMITÉ DANS SA MISE EN ŒUVRE . 260

TITRE I. LE FINANCEMENT BANCAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS 263

CHAPITRE 1. LE CARACTÈRE RESTRICTIF DU FINANCEMENT BANCAIRE . 265

CHAPITRE 2. LE SORT DU BANQUIER CRÉANCIER POSTÉRIEUR DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉS : UN SORT INCITATEUR À CERTAINS ÉGARDS 331

TITRE II. LE FINANCEMENT EXTRABANCAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS 368

CHAPITRE 1. LES AIDES D'ÉTAT ET LE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS..... 369

CHAPITRE 2. LES AUTRES CIRCUITS EXTRABANCAIRES DE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS..... 404

CONCLUSION GÉNÉRALE 457

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. L'évolution du monde des affaires et le développement économique ne peuvent s'effectuer aisément que si les opérateurs économiques ont la possibilité et la facilité d'être financièrement assistés lorsque leurs entreprises[1] connaissent des difficultés[2].

Le financement est au cœur de l'économie. Aucune activité sérieuse ne peut d'ailleurs prospérer sans le concours des partenaires financiers et membres de l'entreprise qui, à cet effet, apportent des fonds nécessaires à sa réalisation[3].

2. Le terme « *financement* » renvoie à l'action de procurer des capitaux aux entreprises et aux particuliers sous forme de prêts, d'ouvertures de crédit ou autre « *montage* » financier, surtout pratiquée à titre professionnel par les organismes spécialisés (sociétés de financement)[4]. Une étude du financement des entreprises en difficultés portera par conséquent sur les différents concours financiers des partenaires et membres de l'entreprise lorsqu'elle est en difficultés. Dès lors, que faut-il entendre par entreprise en difficultés ?

3. La notion d'entreprise en difficultés[5] est difficile à cerner. Cette difficulté résulterait sans doute de « *la diversité des modes d'analyse des défaillances, des stades différents de gravité de la situation, de la rareté des critères permettant de les déceler et de l'hétérogénéité de leurs causes* »[6]. L'on peut diagnostiquer la défaillance d'une entreprise en examinant ses aspects économiques ou financiers ou « *en recourant aux*

---

[1] L'entreprise est la réalité fondamentale de notre économie industrielle. Elle en est la cellule de base. Parmi les innombrables définitions proposées, on retiendra celle qui la présente comme une organisation unitaire où se combinent divers facteurs humains et matériels en vue de produire et de vendre sur un marché des biens ou des services en réalisant des bénéfices. Article 2 de la Décision n° 00000010 du 23 janvier 2013 portant création, organisation et fonctionnement du fichier bancaire national des entreprises ; KOM (J.), *Droit des entreprises en difficulté OHADA prévention - traitements - sanctions*, PUA, octobre 2013, p. 13.

[2] Les entreprises ne pourront éviter la cessation des paiements - pour les entreprises en règlement préventif - ou la liquidation des biens - pour les entreprises en redressement judiciaire - que par l'effet des aides publiques ou des différents partenaires privés.

[3] GATSI (J.), « Le recouvrement des créances bancaires en droit OHADA », *in* GATSI (J.), (dir.), *L'Effectivité du droit de l'OHADA*, PUA, janvier 2006, p.130.

[4] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9e éd., 22 août 2011, p.458.

[5] L'expression « *droit des entreprises en difficultés* » renvoie à celle plus classique de « *droit des procédures collectives de paiement* » ou encore plus traditionnelle de « *droit des faillites* ». Toutes ces terminologies révèlent en réalité une évolution très profonde de la matière qui, d'une discipline orientée vers le désintéressement des créanciers d'un commerçant qui cesse ses paiements, devient un ensemble de règles destinées à prévenir et à traiter les défaillances d'entreprises. Notre droit est ainsi caractérisé par une vraie mutation du droit des faillites qui devenait surtout le droit des entreprises en difficultés. Le terme « *entreprise en difficultés* » vise les entreprises qui, ne s'inscrivent plus dans « *une perspective de développement, voire de survie* ». Elle se caractérise par l'idée de sauvetage. Cette expression est apparue à partir de la seconde moitié du XXème siècle et traduit une évolution à la fois économique et psychologique de l'approche des difficultés des entreprises.

[6] NGUIHE KANTE (P.), « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », *Annales de la F.SJ.P*, Université de Dschang, T.5, 2001, PUA, p.87.

procédures collectives après une analyse à postériori des conséquences, essentiellement financières de ses difficultés »[7]. Il apparaît ainsi difficile de donner une définition à l'entreprise en difficultés. Sur la question, le législateur OHADA n'en dit mot. Il s'est tout simplement limité à la définition de la notion de cessation des paiements[8] et à l'énumération de certaines indications relatives à la survenance d'une situation assez préoccupante[9]. Certains auteurs ont toutefois tenté de donner un sens à la notion.

Pour Jean BRILMAN, l'entreprise en difficultés n'est pas seulement une entreprise qui a des problèmes financiers, mais c'est aussi une entreprise qui, rencontrant ou prévoyant les difficultés, prend des mesures immédiates afin de ne pas connaître d'ennuis financiers[10].

Jean Marie NYAMA quant à lui estime qu'une entreprise en difficultés est celle, qui ne peut faire face à son passif exigible avec son actif disponible. C'est aussi celle qui, d'après la loi fiscale[11], a perdu les deux tiers de son capital[12].

Jean François MALECOT pense pour sa part que trois niveaux de difficultés sont à retenir : les difficultés économiques, les difficultés financières et les difficultés juridiques. Celles-ci correspondent à trois niveaux de défaillance, la défaillance économique, la défaillance financière et la défaillance juridique. Cette dernière est l'aboutissement des deux premières. Elle sanctionne l'incapacité de l'entreprise à générer un flux de ressources monétaires rémunérant tous les agents dans la création de cette richesse, et, à honorer ses engagements[13].

Jean François DAIGNE retient trois concepts d'entreprises en difficultés. Il s'agit d'abord d'entreprises non rentables en état de cessation des paiements, qui de ce fait, risquent de ne pas pouvoir continuer leur exploitation. Il s'agit ensuite d'entreprises saines ou très performantes qui risquent en cas d'évolution dans le mauvais sens, de se

---

[7] NGUIHE KANTE (P.), « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », préc. p.87.
[8] Article 1-3 du nouvel AUPCAP.
[9] NGUIHE KANTE (P.), « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », *préc.*, p. 87.
[10] BRILMAN (J.), « Gestion de crise et redressement d'entreprise », citée par DAIGNE (J.F.), *Dynamique du redressement d'entreprise*, 3e éd., Organisation EDS, Paris 1988, p.27.
[11] Loi fiscale 97/99 du 18 juillet 1997, C.G.I., article 139.
[12] NYAMA (J.M.), *Eléments du droit des affaires au Cameroun - OHADA*, collection « apprendre », Nouvelle éd., presse de l'UCAC, Yaoundé 2000, p.170.
[13] MALECOT (J.F.), « Gestion financière de l'entreprise en difficulté », Encyclopédie de gestion, Economica, 2e éd., 1978, p.1549.

retrouver en état de cessation des paiements[14]. Il s'agit enfin d'entreprises présentant un déséquilibre industriel, humain[15], social ou financier[16].

Toutes ces définitions complémentaires nous permettent d'appréhender au mieux les différentes hypothèses de difficultés. De plus, elles rendent effectivement compte de la situation dans laquelle se trouve l'entreprise en difficultés. De la sorte, se trouverait en état de difficultés « *l'entreprise qui en raison de certains déséquilibres économiques, financiers ou humains ne pourrait envisager dans un futur prévisible, à court ou à moyen terme, de poursuivre son activité de manière normale, ou ne le pourrait qu'en procédant à des opérations de transformation économique, d'apports de capitaux permanents extérieurs ou de licenciement d'une partie de son personnel* »[17]. Nous ne saurons

[14] La cessation des paiements est une condition indispensable au prononcé d'une procédure collective *stricto sensu*, à savoir le redressement judiciaire et la liquidation des biens. L'Acte uniforme, à la suite de la loi française du 25 janvier 1985, a consacré une définition légale de la cessation des paiements qui est la situation où le débiteur ne peut faire face à son passif exigible avec son actif disponible (article 25, alinéa 2). Dans ce cas, le débiteur est tenu de faire dans les trente jours de la cessation des paiements une déclaration aux fins d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. La requête est déposée au greffe de la juridiction compétente contre récépissé. La juridiction compétente peut se saisir d'office, notamment sur la base des informations reçues (article 29, alinéa 1 du nouvel AUPCAP). Elle peut également être saisie par le Ministère public qui dans ce cas fourni les éléments motivant sa demande (article 29, alinéa 2 du nouvel AUPCAP). La preuve de la cessation des paiements est toutefois déterminante dans l'ouverture des procédures. De plus, une procédure collective ne saurait être ouverte à l'encontre d'un débiteur lorsque les créances qui sont à l'origine de cette procédure ne remplissent pas les caractères de certitude, liquidité et exigibilité prévus pas la loi (article 28, alinéa 1 du nouvel AUPCAP). Conformément à l'article 34 du nouvel AUPCAP, la juridiction compétente doit fixer dans son jugement d'ouverture la date de la cessation des paiements. SAWADOGO (F.M.), OHADA, Droit des entreprises en difficultés, éd. Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 96 et s. GOMEZ (J.R.), *OHADA, Entreprise en difficulté. Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français*, Bajag-Meri, novembre 2003, pp. 66 et s.. Sur ces questions, voir Cour d'appel de Lomé, arrêt n° 066/09 du 20 avril 2009, BIA-TOGO, Sté SICOME SARL, SAS-TOGO, Sté MIDNIGHT SUN SA, Sté BATIMEX-TOGO/UDECTO. Ohadata J-10-156 ; Tribunal de grande instance de Ouagadougou (Burkina Faso), Jugement n° 207/2005 du 20 avril 2005, China International Water and Electric Corporation (CWE) c/ Bureau d'Etude des Mines et eaux Souterraines (BEMES). Ohadata J-07-138 ; Tribunal Régional Hors classe de Dakar, Jugement commercial n° 099 du 23juillet 2004. Affaire : Société SOTIBA SIMPAFRIC. Ohadata J-09-342 ; Tribunal Régional Hors classe de Dakar, Jugement n° 127 du 28 janvier 2005, L'Agence Conseil en Marketing et Communication dite « OPTIMA » c/ La Société Africa Investissement Sénégal brasseries dite « AISB ». Ohadata J-06-171; Tribunal Régional de Niamey (Niger), Jugement civil n° 141 du 7 mai 2003, affaire El Hadji Mamane Zinguile c/ COMANI et Youssou Bachirou, syndic de liquidation. Ohadata J-09-118; Cour d'appel de Ouagadougou, arrêt n°52 du 16 avril 2004, SOSACO/BATEC, BTM, Penant n° 860, p. 380, note Bakary DIALLO. Ohadata J-08-20 ; Cour d'appel du Littoral, arrêt n° 144/CC du 03 septembre 2007, affaire Sté SAPPC SA c/ Sté FRIMO – SAM et autres. Ohadata J-07-199 ; Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement commercial n° 63 du 26 juin 2003, affaire Sté TOULOUR SENEGAL SARL R/DG c/ la Sté EAGLE. Ohadata J-09-341 ; Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement commercial n° 2227 du 08 janvier 2004, affaire Sté CENE-EXPORT c/ GENEQUIPT. Ohadata J-09-335.

[15] Le capital humain est une des composantes du patrimoine de l'entreprise. La perte de savoir-faire et la perte de connaissances peuvent entrainer l'ouverture d'une procédure collective contre cette dernière.

[16] DAIGNE (J.F.), *Dynamique du redressement d'entreprise*, 3e éd., Organisation Eds, Paris 1988, p.27

[17] NGUIHE KANTE (P.), « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », préc. p.102.

toutefois être d'avis avec Jean François MALECOT[18] au regard des objectifs du nouveau droit des procédures collectives qui préconise également le redressement de l'entreprise.

4. De ce qui précède, il ressort que plusieurs causes peuvent être à l'origine des difficultés des entreprises. C'est ainsi qu'à côté des causes financières telles que l'insuffisance des fonds propres, la défaillance d'un partenaire important, les détournements et malversations financières, l'insuffisance ou la vétusté des investissements, la mauvaise tenue de la comptabilité, l'inadaptation de la politique commerciale, etc., l'on retrouve des causes telles que la perte de l'apport ou de l'objet social, la mésentente, l'incompétence du dirigeant, l'inexécution de ses obligations par un associé entre autres[19]. Les difficultés de l'entreprise peuvent donc être financières ou non mais seules les difficultés financières ou à portée financière seront envisagées dans la présente étude.

5. La situation de l'entreprise en difficultés a été l'une des préoccupations majeures du législateur de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) qui s'est évertué à traiter du droit des entreprises en difficultés dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 avril 1998, entré en vigueur le 1er janvier 1999 et révisé le 10 septembre 2015. Dans ce nouveau texte, le législateur africain a mis en exergue quatre types de procédures collectives[20] ; deux préventives : la conciliation[21] et le règlement préventif[22] et deux

[18] Cet auteur estime que la défaillance juridique a pour seul effet de sanctionner l'incapacité du débiteur à honorer ses engagements. Or, l'un des soucis majeurs du législateur OHADA reste le redressement de l'exploitation du débiteur.

[19] SAWADOGO (F. M.), *OHADA Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant Bruxelles, 2002, p.31 ; DIDIER (P.), *L'entreprise en difficulté*, T.5, PUF, 1995, p. 6-9.

[20] Les procédures collectives peuvent être définies comme des procédures faisant intervenir la justice lorsque le commerçant n'est plus en mesure de payer ses dettes; on dit d'un tel commerçant aux abois qu'il est en état de cessation des paiements ou, tout le moins, connaît de sérieuses difficultés financières. Depuis le code de commerce jusqu'à l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif de 1998, la procédure collective n'a été qu'une voie d'exécution collective des biens d'un débiteur défaillant. Les conséquences économiques et sociales de l'ouverture des procédures collectives à l'égard d'une entreprise en difficultés peuvent s'avérer désastreuses autant pour le débiteur que pour les salariés et les créanciers. Elle débouche souvent sur les liquidations et la disparition des entreprises et des emplois, voir les atteintes aux droits des créanciers. Sur la question, voir SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficultés*, *op. cit*., p.2 ; SAWADOGO (F.M.), « La remise en cause des obligations en droit des procédures collectives par la « règle du zéro heure » en Afrique francophone », in ANOUKAHA (F.) et OLINGA (A.-D.) (*dir*.), *L'obligation*, *Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, L'Harmattan, Cameroun, 2015, p. 836. DESURVIRE (D.), « Banqueroute et faillite, de l'antiquité à la France contemporaine », *Les Petites Affiches*, 1991, nº 104, p. 12 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 5e éd., Montchrestien, E.J.A., décembre 2006, pp. 2 et 3 ; POUGOUE (P.-G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, 1999 ; CHARVERIAT (A.) et MARTIN (S.), *Défaillance d'entreprises Régime juridique des procédures collectives*, éd. Francis LEFEBVRE, 1994 ; JACQUEMONT (A.), *Procédures collectives*, Paris, Litec, 2002 ; PETEL (P.),

curatives : le redressement judiciaire[23] et de la liquidation des biens[24]. Si la conciliation, le règlement préventif et le redressement judiciaire ne surviennent qu'à l'égard des

Procédures collectives, Paris, Dalloz, 5e éd., 2006; LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Paris, Dalloz, 3e éd., 2006 ; SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, Paris, Litec, 2e éd., 1995 ; SENECHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Paris, Litec, 2002 ; TIGER (P.), « Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA », *Les Petites Affiches*, n°205, 13 octobre 2004, pp.35-51.

[21] La conciliation est une procédure préventive, consensuelle et confidentielle, destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou partie, sa restructuration financière ou opérationnelle pour la sauvegarder (article 2, alinéa 1 du nouvel AUPCAP). Cette procédure constitue une innovation du nouvel Acte uniforme car avant la révision, elle ne faisait pas partie des procédures collectives jadis réglementées. Sur la question, lire SAWADOGO (F. M.), « Les procédures de prévention dans l'Acte uniforme révisé : la conciliation et le règlement préventif », in *Droit et Patrimoine*, n° 253, décembre 2015, pp. 34-37 ; SORTAIS (J.-P.), « Entreprises en difficulté : Les mécanismes d'alerte et de conciliation », Revue banque, Coll. Droit-Fiscalité, 2007 ; CHAPUT (Y.), *Droit de la prévention du règlement amiable des difficultés des* entreprises, PUF, 1986 ; LIENHARD (A.), *Sauvegarde des entreprises en difficulté Le nouveau droit des procédures collectives*, Paris, éd. Delmas, 2006 ; BOURRIE-QUENILLET (M.), « Nouvelles approches de la prévention des entreprises en difficulté », *Les Petites Affiches*, n° 211, 23 octobre 2001, p. 6-11.

[22] Le règlement préventif est une procédure collective préventive destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif (article 2, alinéa 2 du nouvel AUPCAP). Il n'est pas une procédure collective au sens strict du terme, celle-ci étant bien évidemment conditionnée par l'existence de la cessation des paiements. Mais, on a pu dire que la situation financière difficile est une cessation des paiements virtuelle et qu'en d'autres circonstances, cet état eût été reconnu. Lire dans ce sens NGUIHE KANTE (P.), « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », *op.cit*., p. 89 et s. Sur le règlement préventif, voir Cour d'appel de Lomé, arrêt n° 176/08 du 02 septembre 2008, BIA-TOGO c/ UDECTO SA. Ohadata J-10-160 ; Cour d'appel d'Abidjan, Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 383 du 1er avril 2005, affaire Sté D.L.H. NORDISK c/ Sté HAIRDAR BOIS EXOTIQUE dite H.B.E., Le Juris-Ohada, n° 4/2006, p. 40. Ohadata J-07-35 ; Tribunal de grande instance de Yaoundé, jugement civil n° 262 du 9 janvier 2003, affaire STANDARD CHARTERED c/ MANGA EWOLO André, Observations Professeur Yvette KALIEU. Ohadate J-08-124 ; Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), jugement n° 244 du 09 août 2006, Requête aux fins de règlement préventif c/ Entreprise SOFACI. Ohadata J-09-92 ; Tribunal de grande instance du Moungo, Ordonnance n° CA/PTGI/N'SBA du 09/11/2005, affaire La Sté LACHANAS. Ohadata J-07-182 ; Ordonnance n°135/08 du 06 mars 2008 du président du Tribunal de Commerce de Bamako portant suspension des poursuites individuelles et désignation d'expert sur requête de la Sté Industrielle des Produits Alimentaires, SUARL (SIPAL-SUARL). Ohadata J-08-49 ; Tribunal de Bamako, Ordonnance n° 886 du 26/11/2004, STA Mali, demande de règlement préventif, note Sobdibé Zoua, avocat. Note anonyme sur les voies de recours possibles contre cette Ordonnance. Ohadata J-08-17 ; Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement n° 93 du 11 juin 2004 sur requête aux fins de règlement préventif du complexe MBAYANG SARL. Ohadata J-06-170 ; Tribunal de Grande instance du Noun, Jugement n° 21/CIV/Tribunal de Grande instance/2006-2007, affaire SDV Cameroun c/SOCIETE D'EXPLOITATION FORESTIERE du NOUN (SEFN), note Professeur Yvette KALIEU. Ohadata J-09-242.

[23] Le redressement judiciaire est une procédure destinée au sauvetage de l'entreprise débitrice en cessation des paiements mais dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise, et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement (article 2, alinéa 3 du nouvel AUPCAP). Cette procédure est réservée aux entreprises certes en cessation des paiements, mais en situation non irrémédiablement compromise. Son ouverture reste toutefois soumise aux conditions énoncées aux articles 25 et s. du nouvel AUPCAP. Sur la question, voir Cour d'appel de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), Chambre commerciale, arrêt n° 014/08 du 12 novembre 2008, KABORE John Boureima, SIABY François, et KABORE Aimé c/ Henry DECKERS et Sté Belcot Sté Générale Burkina. Ohadata J-10-120 ; Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement commercial n° 099 du 23 juillet 2004, affaire : Sté SOTIBA SIMPAFRIC. Ohadata J-09-342 ; Tribunal de grande instance du Moungo, jugement n° 32/CIV du 17 avril 2008, affaire Madama FANKOU SIMO c/ La Sté FARMER'S SAVINGS AND INVESTMENT COMPANY (F.S.I.C.), note Professeur Yvette KALIEU ELONGO. Ohadata J-09-247 ; Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n°27 du 14 mars 2007, redressement judiciaire de la Sté ZST- Transport. Ohadata J- 09-388.

[24] La liquidation des biens est une procédure collective destinée à la réalisation de l'actif de l'entreprise débitrice en cessation des paiements dont la situation est irrémédiablement compromise pour apurer son passif (article 2, alinéa 4 du nouvel AUPCAP). Sur la question, voir Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso),

entreprises qui ont les chances de survie, la liquidation des biens n'est prononcée que lorsque l'entreprise est dans une situation désespérée entrainant de ce fait sa mort. De la sorte, le financement ne serait possible que dans les seules procédures de conciliation, de règlement préventif et de redressement judiciaire. Toutes les entreprises en difficultés ne sont pas susceptibles de redressement[25]. Les entreprises en liquidation des biens étant en situation irrémédiablement compromise sont insusceptibles de redressement[26]. Tout concours apporté à ces entreprises pourrait engendrer la responsabilité civile de son auteur pour soutien abusif ou pénale pour banqueroute. De même, l'état de cessation des paiements n'est pas le critère déterminant ici, de sorte que peuvent être concernées les entreprises en conciliation et en règlement préventif.

6. La notion d'entreprise en difficultés n'est cependant pas une émanation du législateur OHADA. En effet, avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme précité, le droit des faillites[27] était régi dans la plupart[28] des États membres de l'OHADA[29] par les

---

jugement n° 068 du 1er mars 2006, Bank of Africa et Financière du Burkina c/ SOPROFA et SODEGRAIN. Ohadata J-09-84 ; Tribunal Hors Classe de Dakar, jugement civil n°112 du 12 novembre 2004, affaire : Abdourahmane NDIR c/ La Sté HOLDING GUY GUI SA. Ohadata J-09-327 ; Tribunal Régional de Niamey, jugement civil n° 301 du 02 octobre 2002, affaire liquidation des biens CACI. Ohadata J-09-116 ; Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), jugement n° 016 du 04 juin 2008, Entreprise SANGA SARL. Ohadata J-09-102 ; Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), jugement n° 018 du 04 juin 2008, SARL TARA. Ohadata J-09-101; Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), jugement n° 248 du 09 août 2006, Belcot Société Générale (BSGB-SARL). Ohadata J-09-94 ; Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), Audience du 22 novembre 2006, RG n° 309 du 27/12/2005, jugement n° 308 du 22/11/2006- Affaire : Assignation en liquidation des biens. Ohadata J-08-125 ; Tribunal hors classe de Dakar, jugement n° 88 du 23 avril 2004, SOSEPRIM c/ Sté SERVICE FRUITS IMPORT EXPORT. Ohadata J-06-168 ; Tribunal de grande instance du Moungo, jugement n°48/Civ. du 21 juillet 2005, affaire Nji Pepouna Amadou, l'ex personnel des établissements Gortzounian, la Caisse Nationale de Prévoyance Sociale c/ Les Etablissements Gortzounian. Ohadata J-07-184 ; Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), jugement n° 308 du 22 novembre 2006, BOA & FIB c/ SOPROFA & SODEGRAIN SARL. Ohadata J-09-85; Tribunal régional hors classe de Niamey, Audience publique ordinaire, jugement civil n° 301 du 02 octobre 2002, affaire : liquidation des biens C.A.C.I. Ohadata J-09-173 ; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement commercial n° 055 du 12 décembre 2003, affaire : Sté Africaine de Sondages, Injection Forages (SASIF) c/ Entreprise d'Export Import de Commerce et de Représentation (EEXIMCOR). Observations du Professeur ISSA SAYEGH. Ohadata J-09-328 ; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement commercial n° 124 du 14 janvier 2005, affaire : Sté Nationale de Recouvrement dite « *S.N.R.* » c/ Entreprise Sénégalaise de Rotin dite E.S.R. et autres. Ohadata J-09-331 ; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement commercial n° 133 du 11 mars 2005, affaire : Sté SENELAC SA. Ohadata J-09-332 ; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement commercial n° 145 du 10 juin 2005, affaire : Sté Générale de Banques au Sénégal dite « *S.G.B.S.* » c/ Sté MT Galerie SARL. Ohadata J-09-334 ; Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement commercial n° 077 du 12 mars 2004, affaire : Sté Industrielle de Confection Sénégalaise dite « SICS ». Ohadata J-09-336 ; Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n° 038/07 du 25 avril 2007, Banque Agricole et Commerciale du Burkina (BACB) & Direction du Contentieux de l'État (D.AC.R.) c/ Sté FLEX FASO. Ohadata J-09-374.

[25] DERRIDA (F.), GODE (P.) et SORTAIS (J-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3e éd., 1991, p. 21.

[26] *Idem*.

[27] Car c'est sous ce nom qu'on désignait l'ensemble des mécanismes mis en place pour régler le passif du débiteur commerçant. Le droit des faillites avait pour principal objectif le paiement des créanciers ; il avait pour but de

dispositions du Code de commerce de 1807 tel qu'il a été refondu par la loi du 28 mai 1838[30], par la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire et enfin par les décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935[31]. Tous ces textes avaient pour objectif non seulement de désintéresser les créanciers mais aussi de sanctionner le débiteur en cessation des paiements[32]. La volonté d'uniformiser le droit des procédures collectives se doublait de la volonté de le moderniser dans ces États, afin de l'adapter aux réalités contemporaines tant en raison des conséquences économiques que sociales induites par la défaillance d'une entreprise[33]. C'est dans cet esprit qu'est né l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif[34].

---

protéger les créanciers impayés et de sanctionner le commerçant qui n'honorait pas ses engagements. Ainsi, pendant longtemps, à des mesures patrimoniales, des sanctions telles que la peine de mort seront appliquées contre les commerçants coupables. La sévérité des mesures de faillite prônant la sanction et l'élimination du commerçant s'est prolongée au travers du Code de commerce de 1807. Cette sévérité ne se trouva pas toujours justifiée même si le législateur avait pensé que la crainte de la répression serait salutaire pour le commerce et l'industrie. Le droit des faillites devait donc évoluer dans le sens d'une rigueur envers le débiteur. Il était progressivement admis que si la sauvegarde des intérêts des créanciers restait le principal objectif de la procédure de faillite, il y avait à côté de celui-ci d'autres intérêts devant être pris en compte. Lire à cet effet, DERRIDA (F.), « Le crédit et le droit des procédures collectives », in *Etudes offertes à René RODIERE*, 1981, p. 67 et 72 ; POUGOUE (P.-G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, op. cit.,* p.4 ; AGGREY (A.), *Guide de la faillite*, Juris-Editions, 1989; CORIAT (J. P.), *La dette, la faillite et le créancier : le droit romain face à l'endettement*, Etudes de CREDA, Paris Litec, 1998; DESURVIRE (D.), *Histoire de la banqueroute et faillite contemporaine*, Editions l'Harmattan, 1992 ; DUPOUY (C.), *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, Paris, L.G.D.J, 1960 ; KOUASSI (C.), *Traité des faillites et liquidations judiciaires en Côte d'Ivoire, Etudes juridiques et formulaires*, Edition SOCOGEL, Abidjan, Collection Espace entreprise, 1987 ; VALLENS (J.-L.), *Le droit européen de la faillite*, Dalloz, 1995 ; HARARON (M.), « Doing business 2009 : mesurer l'efficacité des faillites ? » *D.* 2009, chron. p. 244.

[28] Seuls quelques États avaient reformé leur droit des procédures collectives ou prévoyaient le faire. Le Sénégal, le Mali, le Gabon, la République Centrafricaine et Madagascar avaient reformé leur propre droit sur les procédures collectives alors que le Cameroun et le Bénin avaient tenté de le faire.

[29] Notamment le Bénin, le Burkina-Faso, le Cameroun, la Centrafrique, le Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Bissau, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo et la République démocratique du Congo. Il en découle que les États membres de l'UEMOA et de la CEMAC sont unis au sein de l'organisation. Celle-ci concourt donc à la création d'un univers commun entre l'UEMOA et la CEMAC. Ces deux Communautés ont une réelle parenté juridique qui les unit. La Communauté du droit des affaires au sein de l'OHADA est ainsi avérée. Cette Communauté est renforcée par l'existence d'une juridictionnalisation unique, certes non compétente sur plusieurs matières (bancaire, concurrence, etc.). KAMWE MOUAFFO (M. C.), *Droit de confidentialité et droits de la défense dans les procédures communautaires de concurrence*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Montpellier II, 2007, pp. 18-19.

[30] Cette loi a reformé le livre III du code du commerce dans le sens de l'adoucissement, en prévoyant des exceptions à l'incarcération du débiteur.

[31] PAILLUSSEAU (J.), « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?)… d'un droit en dérive », in *Etudes offertes à Roger HOUIN, problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, 1995, p. 109-150.

[32] POUGOUE (P.-G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, *op.cit*., p.4 ; BLAZY (R.) et COMBIER (J.), *La défaillance d'entreprises Causes économiques ; traitement judiciaire et impact financier*, Paris, Economica, 1997, p.11 ; JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.), *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 7e éd., 2007, p.3.

[33] FENEON (A.), « Bilan et perspectives de l'OHADA », *Revue Juridique et Politique. Indépendance et coopération*, Septembre-Décembre 2001, p.243.

[34] ROUSSEL GALLE (P.), OHADA et difficultés des entreprises. Etudes critiques des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif (1ère partie), in RJC, 2001, p.9.

7. Ce texte apporte une nouvelle conception du traitement des difficultés des entreprises[35] et se substitue « *aux législations vétustes et disparates* » qui étaient antérieurement en vigueur dans lesdits États[36]. En effet, l'Acte uniforme n'a seulement pas prévu la liquidation des entreprises moribondes en sanctionnant les dirigeants coupables de leur ruine ; il a également envisagé la prévention et le traitement de la défaillance des entreprises. Il s'agit ici de détecter à temps les difficultés des entreprises afin qu'une solution idoine soit trouvée avant que ces difficultés ne se développent comme une « *gangrène* »[37]. Les mesures de renflouement doivent donc être prises afin d'éradiquer le mal. Ceci justifie les multiples progrès réalisés par le législateur OHADA. Contrairement à l'ancien droit des faillites qui avait pour but de protéger les créanciers et de sanctionner le commerçant qui n'honorait pas ses engagements, le nouveau droit des entreprises en difficultés [38] insiste sur la nécessité de donner à ce pan du droit commercial une forme favorable à la croissance économique[39]. On est ainsi passé du droit des faillites au droit des entreprises en difficultés[40], d'une volonté sanctionnatrice à une volonté préservatrice, cherchant des solutions adaptées à chaque entreprise. C'est dans ce contexte que s'inscrivent les rapports de l'entreprise en difficultés avec ses différents membres et partenaires relatifs au financement.

---

[35] FENEON (A.), Bilan et perspectives de l'OHADA, *op.cit*., p.247 ; ANOUKAHA (F.), L'émergence du nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les États africains membres de l'OHADA, in Afrique Juridique et Politique, Vol. 1, n° 1, janvier-juin 2002, p. 62-85.

[36] GOMEZ (J.R.), *OHADA, entreprise en difficulté, lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français*, *op. cit*., p.13.

[37] SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficultés*, *op. cit*., p.35.

[38] Le droit des entreprises en difficultés apparaît comme une solution visant la prévention et le traitement des difficultés des entreprises. C'est un droit qui a des objectifs ambitieux et généraux qui dépassent ceux du droit traditionnel des faillites. Il a un champ d'application plus large que celui du droit des faillites qui se limitait aux procédures débouchant nécessairement sur la disparition des entreprises par la réalisation de leur actif pour apurer le passif. Voir TERRE (F.), « Droit de la faillite ou faillite du droit », *Rev. Juris. Com*., 1991, p. 1 et s; KOM (J.), *Droit des entreprises en difficulté OHADA, op. cit*., p. 11.

[39] NJANDEU (M. A.), « La protection de la société commerciale en droit OHADA », in AKAM AKAM (A.) (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, Cameroun, 2009, p. 243.

[40] Sur la question, lire SOUWEINE (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, PUG, 2004 ; NYAMA (J.-M.), *OHADA droit des entreprises en difficultés*, *CERFORD*, 2004 ; VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, Paris, LGDJ, 2007 ; ROUSSEL GALLE (P.), *Réformes du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26juillet 2005*, Paris, Litec, 2005 ; PEYRAMAURE (P.) et SARDET (P.), *L'entreprise en difficulté Prévention Restructuration Redressement*, éd. Delmas, 2002 ; BARRE (R.) et SCHAFFER (E.) (dir.), *Droit des entreprises en difficulté*, Actes du congrès de l'Institut International de Droit d'Expression et d'Inspiration Française tenu à Bruxelles, 1991 ; BONNARD (J.), *Droit des entreprises en difficulté*, 3e éd., Hachette, 2006 ; DAUNIZEAU (J.-M.), *Les entreprises en difficulté*, Paris, éd. Banque, 1996 ; DIDIER (P.), *Droit commercial, T. 4, L'entreprise en difficulté*, 2e éd., Paris, PUF, 1999 ; JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Litec, 2007 ; LE CANNU (P.), *Droit commercial Instruments de paiement et de crédit Entreprises en difficulté*, Paris, Dalloz, 6ème éd., 2003 ; CHARTIER (Y.), *Droit des affaires Entreprises en difficulté Prévention-redressement-liquidation*, Paris, PUF, 1989 ; CAGNOLI (P.), *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, Paris, L.G.D.J, 2002.

8. Cependant, toutes les entreprises en difficultés de l'espace OHADA ne sont pas régies par les dispositions de l'Acte uniforme sur les procédures collectives[41]. Il est en effet mentionné à l'article 1-1, alinéa 1 que ce texte ne s'applique qu'aux personnes morales de droit privé-commerçantes ou non[42]- ainsi qu'aux entreprises publiques ayant la forme d'une personne morale de droit privé[43]. L'alinéa 2 du même article prévoit pour sa part que les procédures de conciliation, de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens ne s'appliquent aux personnes morales de droit privé qui exercent une activité soumise à un régime particulier que s'il n'en est pas disposé autrement dans la réglementation spécifique régissant ladite activité. Cet alinéa énumère les activités soumises à un régime particulier au sens de l'Acte uniforme et des textes les régissant. Il s'agit notamment des activités des établissements de crédit, des établissements de microfinance, des acteurs des marchés financiers ainsi que celles des sociétés d'assurance et de réassurance.

9. Il en découle que le texte ne s'applique pas aux établissements publics administratifs qui sont régis par les textes spéciaux[44] ; seules les sociétés à capital public et les sociétés d'économie mixte sont soumises aux procédures collectives OHADA du fait qu'elles soient constituées en la forme de société commerciale anonyme de droit privé[45]. Aussi, les entreprises soumises à un régime spécial comme les établissements de crédit[46], les établissements de microfinance, les sociétés d'assurance et de réassurance,

---

[41] Sur le champ d'application ratione personae du nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures collectives OHADA, lire ROUSSEL GALLE (P.), « Les débiteurs dans l'AUPC révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », in *Droit et Patrimoine*, n° 253, pp. 55-56.

[42] Les personnes morales de droit privé non commerçantes sont des groupements qui exercent pour l'essentiel les activités d'animation artisanale, culturelle, sportive, humanitaire et économique sans réelle volonté de spéculation et poursuivent pour la plupart des buts d'intérêt général sans partage de bénéfices entre leurs membres. Ces groupements sont nombreux parmi lesquels nous pouvons énumérer les coopératives, les mutuelles et les fondations. Voir dans ce sens, TCHEUMALIEU FANSI (M. R.), *L'application des procédures collectives aux personnes morales de droit privé non commerçantes*, Mémoire DEA, Université de Dschang, FSJP, 2001, p.9.

[43] TIGER (P.), « Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA », *Les Petites Affiches* n°205, 13 octobre 2004, p.36.

[44] Les établissements publics administratifs sont soumis à la Loi n°99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic.

[45] NGUIHE KANTE (P), « Le régime juridique de dissolution des entreprises publiques et parapubliques au Cameroun depuis la réforme des procédures collectives », Annales de la F.S.J.P, Université de Dschang, 1999, p. 43 ; Tribunal de Grande Instance de Bobo-Dioulasso, Audience du 22novembre 2006, RG n° 309 du 27 décembre 2006, affaire Assignation en liquidation des biens, Ohadata J-08- 125.

[46] Le débat sur l'application de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA aux établissements de crédit fut tranché par le nouvel Acte uniforme. Certes cette mesure était déjà prévue par le Règlement n°02 /14/CEMAC/UMAC/COBAC/ du 25 avril 2014 relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté dans la communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale lorsqu'il

etc. ne sont régies par l'Acte uniforme sur les procédures collectives qu'au cas où aucun texte n'est prévu à cet effet. Une telle mesure participe du souci du législateur de s'arrimer à la donne qui consiste à accorder à ces entreprises une réglementation particulière.

10. De ce qui précède, il ressort que seules les entreprises soumises *stricto sensu* à l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif seront examinées. Par conséquent, les entreprises soumises à un régime particulier à savoir les sociétés particulières telles que les établissements de crédit[47], les établissements

---

prévoit en son article 85 que les dispositions de droit commun instituées par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif relatives au règlement préventif, au redressement judiciaire et à la liquidation des biens sont applicables aux établissements de crédit tant qu'il n'y est pas dérogé par les dispositions du présent règlement. Il en découle que ce Règlement n°02 est le texte de base pour le traitement des difficultés des établissements de crédit en zone CEMAC. Mais, La mesure n'ayant vocation à s'appliquer que dans les États membres de la CEMAC, ce débat demeurait dans les autres États membres de l'OHADA. Une telle harmonisation s'avère donc salutaire. Sur la question du droit applicable aux établissements de crédit en difficultés, lire Cour d'appel du Littoral, arrêt n° 175/REF du 27 octobre 2008, La Société OBA-SCI c/ Liquidation B.M.B.C., Observation Professeur Yvette Rachel KALIEU ELONGO, Ohadata J-10-267.

[47] La particularité de traitement des établissements de crédit en difficultés par rapport aux entreprises strictement soumises aux dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif se dégage davantage de leur soumission non seulement à l'administration provisoire mais aussi à la restructuration spéciale. L'administration provisoire est une technique de sauvetage des entreprises consacrée tant pour les sociétés de droit commun que pour les sociétés particulières que constituent les établissements de crédit, les établissements de microfinance, les entreprises d'assurance, etc. Suivant le cas, elle a fait l'objet des dispositions du code CIMA, des Conventions et Règlement de la CEMAC, ainsi que de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. L'union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) n'a pas fait exception à ce mouvement. Il s'agit d'une procédure applicable aux établissements de crédit qui rencontrent des difficultés telles qu'il apparaît nécessaire, pour le retour à des conditions normales d'exploitation, de procéder de manière provisoire à la substitution du conseil d'administration et de la direction générale par un dirigeant ad hoc (article 27 du Règlement relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté dans la CEMAC). Elle s'applique également aux sociétés de droit commun qui connaissent des difficultés de fonctionnement, soit du fait des organes de gestion, de direction ou d'administration, soit du fait des associés (article 160, alinéa 1 de l'AUSCGIE). Les établissements de crédit tout comme les entreprises de droit commun peuvent donc être soumis à l'administration provisoire, mais à la différence de ces dernières, ils peuvent également faire l'objet d'une restructuration spéciale. C'est du moins ce qui ressort de l'article 56 du Règlement relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté dans la CEMAC. Cette dernière s'entend d'une procédure réservée aux établissements de crédit d'importance systémique et qui rencontrent des difficultés telles qu'il apparaît nécessaire, pour le retour à des conditions normales d'exploitation d'imposer la mise en œuvre, d'un plan de restructuration affectant les droits préexistants des actionnaires, afin de permettre la poursuite de l'activité, la préservation de l'intérêt public y compris celui des déposants et la stabilité du système bancaire et financier. À l'égard des établissements de crédit, aucune procédure de règlement préventif et de redressement judiciaire ne peut être ouverte lorsqu'ils sont placés sous le régime de l'administration provisoire ou celui de la restructuration spéciale. C'est dire que contrairement aux entreprises de droit commun, les établissements de crédit ne peuvent être soumis aux procédures collectives de règlement préventif et de redressement judiciaire tant qu'ils restent soumis à la procédure d'administration provisoire ou celle de la restructuration spéciale. De plus, le représentant légal d'un établissement de crédit qui envisage de déposer une requête tendant à l'ouverture de la procédure de règlement préventif et de redressement judiciaire doit obtenir l'autorisation préalable de la COBAC, avant toute saisine de la juridiction compétente or, aucune autorisation n'est exigée pour les entreprises de droit commun. Voir à cet effet NJOYA NKAMGA (B.), *L'administration provisoire des sociétés dans l'espace OHADA*, 1ère éd., Coll. Economica, septembre 2012, p. 21- 22. Sur le particularisme des établissements de crédit, voir KENGNE FOTSO (F.), *Le particularisme des établissements de crédit de la CEMAC au regard du droit des sociétés commerciales*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2011.

de microfinance, les établissements publics administratifs et les sociétés d'assurance[48] sont exclues du champ de notre étude. Ces entreprises interviennent ici essentiellement en qualité de partenaires financiers. L'entreprise en difficultés financières peut donc les solliciter afin d'assurer son redressement.

11. Pour le redressement d'une entreprise en difficultés, le financement constitue non seulement le moyen le plus adéquat, mais aussi et surtout une véritable « bouée de sauvetage » sans laquelle la situation de l'entreprise s'aggraverait entrainant ainsi sa mort[49]. Financer une entreprise en difficultés, c'est lui fournir des capitaux nécessaires à son redressement[50]. Vu sous cet angle[51], le financement ne serait possible que dans les seules procédures de conciliation, de règlement préventif et de redressement judiciaire qui n'interviennent qu'à l'égard des entreprises susceptibles de redressement[52]. Plusieurs techniques permettent d'ailleurs d'y parvenir. Certaines font l'objet d'une réglementation, tandis que d'autres restent ignorées des textes. Il conviendrait donc de les envisager afin de retenir celles qui paraissent les mieux adaptées aux entreprises en difficultés[53].

---

[48] L'AUPCAP ne s'applique pas aux sociétés d'assurance qui sont assujetties à un régime particulier reconnu par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (article 916). Elles sont en effet soumises au Code CIMA. C'est d'ailleurs ce qu'ont décidé la Cour d'appel de Lomé et la CCJA dans deux arrêts rendus sur la même affaire respectivement le 20 octobre 2009 et le 16 mai 2013. Cour d'appel de Lomé, arrêt n° 150/2009 du 20 octobre 2009, Sieur Jean Samvi K. de SOUZA c/ La Compagnie GTA-C2A IARDT IARDT Ohadata J-10-222 ; CCJA, arrêt n° 040/2013 du 16 mai 2013, affaire Jean Samvi de SOUZA c/ GTA-C2A IARDT, JURIDATA n° J040-05/2013, in OHADA CODE BLEU, 3e éd., Juriafrica, 2014, p. 605 et 618.

[49] Ceci est d'autant plus vrai que les causes immédiates de défaillance sont financières. Cependant, les difficultés financières peuvent résulter des facteurs d'origines diverses qui ne sont pas nécessairement financiers. Il peut s'agir des débouchés insuffisants, d'erreurs stratégiques, de coûts trop élevés, d'un système d'information insuffisamment développé, etc. Il peut également s'agir des problèmes financiers, mais des éléments supplémentaires doivent être obtenus pour préciser le processus ayant conduit l'entreprise à la défaillance : financement propre insuffisant, difficultés de recouvrement sur les clients, structure financière inadaptée, taux d'intérêt trop élevés, etc. Toutes ces causes relèvent de l'exploitation et de la gestion de l'entreprise. Pour comprendre le mécanisme ayant amené l'entreprise à la cessation des paiements et apprécier ses chances de redressement, il n'est pas possible de se contenter de l'analyse des données financières et de constater leur dégradation : il faut rechercher les difficultés en amont. BLAZY (R.) et COMBIER (J.), *La défaillance d'entreprise, causes économiques Traitement judiciaire et impact financier*, *op. cit.*, p. 39 et s.; SAWADOGO (F. M.), OHADA, *Droit des entreprises en difficultés*, *op. cit.*, p. 27 et s.

[50] BIED CHARRETON (F.), *Financement des entreprises*, 9e éd.Paris, Francis Lefebvre, p. 9.

[51] Sous un autre angle, le financement ne serait possible dans les entreprises en liquidation des biens qu'en vue de faciliter les opérations de liquidation.

[52] Toutes les entreprises en difficultés ne sont pas susceptibles de redressement. Les entreprises en liquidation des biens étant en situation irrémédiablement compromise sont insusceptibles de redressement. Tout concours apporté à ces dernières pourrait engendrer la responsabilité de son auteur. De même, l'état de cessation des paiements n'est pas le critère déterminant ici, de sorte que peuvent être concernées les entreprises en règlement préventif.

[53]Il convient de préciser qu'il ne s'agit pas ici d'étudier essentiellement les techniques de financement reconnues par le droit OHADA. La délimitation du contexte de l'étude est tout simplement soustendue par le souci d'écarter les

S'il est vrai que plusieurs acteurs ou agents à capacité de financement des entreprises en difficultés existent, il n'en demeure pas moins que tout financement suppose à la base un accord du débiteur et des potentiels membres et partenaires au développement ; tout refus étant de nature à paralyser ledit financement. Néanmoins, si le désir de financement se fait sentir, sa nature dépendra du partenaire qui est à l'origine dudit financement. Il pourrait s'agir d'une aide publique si le financement émane de l'État ou d'une collectivité territoriale décentralisée, d'un prêt bancaire s'il émane d'une banque, d'un microcrédit s'il provient d'un établissement de microfinance, d'un emprunt obligataire si c'est le tiers qui est à l'origine du financement, d'un compte courant d'associé s'il provient d'un associé, etc. Quoiqu'il en soit, les pouvoirs publics, les banques, les établissements de microfinance, les tontines, les tiers, les dirigeants, les associés et même les salariés ont chacun un rôle à jouer dans le renflouement financier des entreprises en difficultés.

12. La protection de l'intérêt général[54] justifierait à coup sûr ces différentes interventions. Aujourd'hui comme par le passé, les procédures collectives intéressent tant le secteur privé que le secteur public. Nul ne peut d'ailleurs nier le rôle de l'État dans la réalisation de l'intérêt général. La disparition des entreprises surtout les plus importantes ne saurait laisser l'État indifférent[55]. Quand bien même les systèmes d'économie libérale refuseraient toute intervention dans le circuit économique, les pouvoirs publics agissent dans l'ombre ou officiellement afin de favoriser une solution de sauvetage[56]. Le financement devient ainsi l'affaire non seulement du chef d'entreprise, des associés, des salariés, des créanciers, mais aussi celle des pouvoirs publics[57].

---

entreprises soumises à un régime particulier tel que précédemment évoqué et aucunement par la volonté de ne traiter que des techniques de financement réglementées. Une telle option semble se justifier par la recherche des mécanismes à même de concourir au sauvetage des entreprises en difficultés.

[54] L'intérêt général est la résultante d'une confrontation d'intérêts catégoriels. Toute défaillance financière met en jeu plusieurs intérêts difficilement conciliables. Il faut à la fois tenter de sauvegarder l'entreprise, maintenir l'emploi et apurer le passif (articles 1 et 2 du nouvel AUPCAP). La diversité et la divergence des intérêts en présence donnent au droit des procédures collectives une coloration conflictuelle. L'intérêt de l'entreprise en difficultés est d'obtenir des délais de paiement, des remises de dettes et même des crédits et aides qui lui permettront une reprise aussi rapide que possible de ses activités. Les salariés ont intérêt à ce que l'activité soit maintenue et pour les créanciers l'essentiel est d'être payé aussi vite et aussi complètement que possible. Lire à cet effet KENMOGNE (N.), *L'intérêt général en droit des procédures collectives*, Mémoire DEA, Université de Dschang, 2006, p.7.

[55] SAWADOGO (F.M.), *OHADA Droit des entreprises en difficulté, op.cit*, p.53.

[56] NGUIHE KANTE (P.), *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficultés en droit camerounais*, Thèse pour l'obtention du Doctorat 3e cycle en droit privé, Yaoundé, Février 1999, p.253.

[57] Aux termes de l'article 28, alinéa 1 de la loi n° 2010/001 du 13 avril 2010 portant promotion des petites et moyennes entreprises (PME) au Cameroun, modifiée et complétée par la loi n° 2015/010 du 16 juillet 2015, « *Le*

13. Les intérêts publics occupent une place importante dans les défaillances d'entreprises. D'une part, la survenance d'une « *faillite* » retentissante peut, par son cortège de licenciement, perturber la paix sociale. D'autre part, l'État essaie de discipliner l'économie et de susciter des restructurations industrielles. Il ne peut donc qu'être préoccupé par les disparitions et transmissions d'unités économiques qui contribuent à la modification des structures. Tout cela explique que l'État dirigiste intervienne sur le terrain des défaillances d'entreprises porteuses d'emplois[58]. Il prend d'ailleurs assez souvent à sa charge les objectifs impossibles à atteindre par le seul jeu du marché[59]. Mais si cette intervention en faveur des entreprises publiques est classique, elle est plus récente en ce qui concerne les entreprises privées et permet à cet effet de rapprocher la mission de l'État à celle d'un banquier et les diverses aides[60] sont considérées comme des instruments de sa politique économique. Elle revêt donc une grande importance.

L'octroi d'aides publiques aux entreprises en difficultés constitue l'une des faces les plus importantes de l'interventionnisme économique, perçu comme un véritable service public[61]. Le dispositif administratif de prévention et de traitement s'est développé avec l'idée de pallier les insuffisances du processus judiciaire d'aide aux entreprises en difficultés. Les obstacles à cette politique sont aujourd'hui d'origine communautaire, les aides publiques n'étant guère compatibles avec la liberté de la concurrence[62].

---

soutien au financement des PME peut être mis en place par l'État, les collectivités territoriales décentralisées, les partenaires au développement ou tout autre organisme agrée ». L'alinéa 2 du même article dispose pour sa part que : « *Pour les collectivités territoriales décentralisées et les partenaires au développement, ledit soutien s'effectue conformément aux accords et conventions signés à cet effet* ». Les PME régies par cette loi comprennent les très petites entreprises (TPE), les petites entreprises (PE) et les moyennes entreprises (ME). Toutefois, pour bénéficier des programmes de l'État au profit des PME, celles-ci doivent impérativement s'inscrire au fichier national des PME (article 2 (nouveau), alinéa 4 de la loi précitée). Le fichier national est une base de données qui répertorie les PME opérant au Cameroun (article 2 (nouveau), alinéa 3 de la loi précitée).

[58] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p.113.

[59] NGUIHE KANTE (P.), *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficultés en droit camerounais*, *op. cit.*, p.253.

[60] La notion d'aide retenue au plan communautaire recouvre l'ensemble des avantages directs ou indirects que l'État et les collectivités territoriales peuvent allouer à une entreprise ou à un groupe d'entreprises. Peu importe la forme de l'aide : subvention, exonération fiscale, remise de dette, abandon de créance, octroi de garantie etc.

[61] DE CORAIL (J.-L.), « Le juge administratif et la qualification des interventions de l'État dans le domaine de l'économie », in *Melanges Eisenman*, 1975, p.299.

[62] L'État par le biais de ces mécanismes peut affecter le libre jeu de la concurrence. C'est ce qui justifie que le législateur communautaire allant dans le même sens que son homologue européen tente d'organiser le régime des aides d'État aux entreprises. Le principe ici est celui de l'incompatibilité des aides d'État avec le marché commun. Ce principe est toutefois tempéré par une série de dérogations dont l'application repose largement entre les mains du secrétariat exécutif. Ces dérogations ont fait l'objet d'une mise en œuvre libérale, au point que, dans la pratique, la règle de l'incompatibilité des articles 2, 1ère ment des Règlements CEMAC n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999

Toutefois, les aides d'État aux entreprises en difficultés ne s'imposent pas comme une évidence. L'entreprise en difficultés gagnerait donc à recourir au financement bancaire[63] afin d'assurer son redressement. Si la réglementation de la concurrence a pour effet de limiter de façon considérable les aides d'État aux entreprises, tel n'est pas le cas des prêts bancaires[64] dont la règlementation ne saurait interdire tout concours si l'on excepte les règles prudentielles imposées aux établissements bancaires[65]. C'est dire le rôle important des établissements de crédit[66] dans le financement des entreprises en difficultés.

14. Les banques[67] sont des intermédiaires financiers qui participent à l'organisation des systèmes de paiement et assurent le financement des entités en déficit financier[68].

---

portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres et UEMOA n°4/2002/CM/UEMOA du 23 mars 2002 relatif aux aides d'État à l'intérieur de l'UEMOA, peut apparaître davantage comme étant l'exception à la règle.

[63] Sur le financement bancaire des entreprises en difficultés, lire PYM (B. D.), *Le banquier et le financement d'une entreprise en difficultés*, Mémoire de DEA, Université de Douala, 2003-2004.

[64] Les banques sont pour les entreprises non seulement des temples où elles gardent leurs ressources, mais aussi des sources de trésorerie. Elles doivent à cet effet octroyer le crédit lorsque celui-ci s'avère nécessaire. En 1973, l'État Camerounais en adaptant ces institutions au contexte camerounais, avait donné pour mission à leurs Directeurs Généraux de consentir le maximum de crédit au secteur privé national, secteur que l'État considérait comme prioritaire pour le développement et l'indépendance économique du pays. Voir dans ce sens TIANI (F.), Les entreprises face aux banques dans le contexte actuel au Cameroun, in Juridis Infos, n°6, avril- mai- juin 1991, p. 71.

[65] Il existe treize banques commerciales au Cameroun :

- Afriland First Bank;
- Atlantic Bank Cameroon;
- Banque Internationale du Cameroun pour l'Epargne et le Crédit (B.I.C.E.C) ;
- BGFI Bank Cameroon
- CITI Bank;
- Commercial Bank of Cameroon (C.B.C.);
- Ecobank Cameroon;
- National Financial Credit Bank (NFCB);
- Société Commerciale de Banque du Cameroun (S.C.B.) ;
- Société Générale Cameroun (S.G.C.) ;
- Standard Chartered Bank;
- Union Bank of Cameroon (U.B.C.);
- Union BanK for Africa (U.B.A.).

[66] Aux termes de l'article 1er du Décret nº 90/1469 portant définition des établissements de crédit, ceux-ci sont « *des personnes morales qui, dans le cadre de leur profession habituelle, effectuent, à titre principal, une ou plusieurs opérations de banques* ». Ces opérations comprennent la réception des fonds du public, l'octroi de crédits, la délivrance des garanties en faveur d'autres établissements de crédit, la mise à la disposition de la clientèle des moyens de paiement ou de gestion (article 4 l'annexe à la Convention COBAC du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les États de l'Afrique centrale). Les établissements de crédit comprennent les banques universelles, les banques spécialisées, les établissements financiers et les sociétés financières (article 8 du Règlement R-2009/02 du 1er avril 2009 portant fixation des catégories d'établissements de crédit, de leur forme juridique et des activités autorisées). Jusqu'à la conception extensive des établissements de crédit, la pratique du crédit relevait du seul domaine des banques.

[67] Le Règlement COBAC R-2009/02 précité prévoit deux catégories d'établissements bancaires à savoir les banques universelles et les banques spécialisées. La banque universelle est désormais l'établissement bancaire et même l'établissement de crédit de droit commun. Elle est habilitée à effectuer sans aucune restriction, toutes les opérations de banque. Voir à cet effet Yvette Rachel KALIEU ELONGO, « un pas de plus vers l'uniformisation de la législation bancaire CEMAC : les Règlements COBAC R-2009/01 et R-2009/02 du 1er avril 2009 portant fixation du capital social, minimum des établissements de crédit, fixation des catégories d'établissements de crédit, leur forme

Cette fonction d'intermédiation financière est ce qui fait des banques les partenaires privilégiés des entreprises[69]. Le financement des entreprises par le crédit bancaire est indispensable à la survie de celles-ci car « *le crédit est l'oxygène de l'entreprise, et son épuisement entraîne inéluctablement la mort de celle-ci* »[70]. Le financement est donc au cœur des relations banques-entreprises. Le plus souvent, l'entreprise en difficultés commence à s'adresser à une banque pour demander l'octroi ou le renouvellement d'un prêt d'un montant suffisant pour passer le cap difficile[71]. Le banquier est donc la première personne à qui incombe la difficile mission de fournir des financements afin que les entreprises puissent surmonter leurs difficultés[72]. Il paraît ainsi nécessaire de relever la place ô combien importante des banques dans le financement des entreprises en difficultés.

Dans l'exercice de leur fonction, les banquiers sont astreints à certaines obligations[73] dont l'inobservation entraînerait des sanctions[74]. Ils ne sauraient donc octroyer le crédit aux entreprises indépendamment de ces différentes obligations. Celles-ci constituent à certains égards un obstacle[75] au financement effectif des entreprises, voire au renflouement de celles qui connaissent de « *petites* » difficultés de trésorerie. De plus, en dépit de l'adaptation des techniques bancaires à la situation réelle de l'entreprise, il

---

juridique et des activités autorisées », in *Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques*, Université de Dschang, T. 13, 2009, p.5 à 20.

[68] DEWATRIPONT (M.) et TIROLE (J.), *La réglementation prudentielle des banques conférence Walras-Pareto*, décembre 1992, Ecole des études commerciales Lausanne, éd. Payot Lausanne, sept. 1999, p.17.

[69] Les banques, de par leur fonction d'intermédiation financière s'appliquent à transformer les sommes déposées dans leurs livres en prêts aux entreprises qui désirent emprunter. Ainsi, les fonds confiés aux banques par les déposants constituent les ressources essentielles des institutions financières pour qu'elles puissent abreuver nos économies des liquidités nécessaires. Lire à cet effet, CATILLON (V.), *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, L.G.D.J., juillet 2011, p.49.

[70] MARTINEAU – BOURGNINAUD, « Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, n°20, chron., pp.1358 et s.

[71] GUYON (Y.), *Droit des affaires, Tome2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire-faillite*, 9e éd., Economica, 2003, p.79

[72] CAPOEN (A.L.), *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficultés*, Thèse de doctorat de l'Université de Toulouse, décembre 2008, p.8.

[73] Il s'agit des obligations de secret professionnel, de vigilance, de diligence, de non immixtion et surtout des normes imposées par la COBAC à savoir : les normes de solvabilité, de liquidité et d'équilibre. La COBAC est l'organe de contrôle de la conformité aux règles prudentielles en vue de la solvabilité du secteur bancaire.

[74] Les différentes sanctions qui peuvent être prononcées sont : le blâme, l'interdiction d'effectuer toute autre opération ou toute autre limitation dans l'exercice de ses activités, révocation des commissaires aux comptes, la suspension ou la démission d'office des dirigeants, le retrait d'agrément. (Article 13 de la convention du 16 octobre 1990 portant création d'une Commission Bancaire de l'Afrique Centrale). Voir KALIEU (Y.), « Le contrôle bancaire dans la zone de l'union monétaire de l'Afrique Centrale », *PENANT*, n°841, octobre-décembre 2002, p. 455.

[75] En effet, le banquier ne pourra accorder le montant de crédit sollicité, s'il est démontré que ce montant est supérieur à l'encours maximal.

apparaît que le banquier tout comme l'État n'est pas en totale sécurité[76]. Le banquier se trouve alors dans une situation embarrassante. En effet, il court non seulement le risque de n'être pas remboursé à l'échéance, mais aussi et surtout, celui de voir sa responsabilité retenue, aussi bien en cas de refus que d'acceptation du crédit qui lui est demandé[77]. Cette menace de responsabilité constitue sans doute un autre obstacle au financement bancaire. Elle constitue un « *redoutable frein psychologique* » à la fourniture du crédit[78]. C'est assurément l'une des raisons pour lesquelles l'entreprise en difficultés sera contrainte de recourir aux autres formes de financement en vue de résoudre ses problèmes de trésorerie.

15. Outre les financements bancaire et étatique, l'entreprise peut surmonter ses difficultés en recourant aux microcrédits émanant des établissements de microfinance, au crédit fournisseur, à l'emprunt obligataire, à une augmentation de capital, etc.

Considérés comme les institutions de financement de proximité et armes efficaces de lutte contre la pauvreté, les établissements de microfinance ont pour vocation de financer les petites et moyennes entreprises. Seulement, en pratique, ils sont aussi frileux que les banques à octroyer le crédit aux micro-entreprises en difficultés et même *in bonis*. À travers les lignes d'encours fournisseurs, les fournisseurs contribuent énormément mais de façon indirecte au financement des entreprises.

16. Pour obtenir des financements, les entreprises peuvent émettre des obligations et les agents à capacité de financement les achètent. Force est cependant de constater que ce recours au marché financier ne saurait efficacement concourir au financement des entreprises en difficultés au regard des conditions qui l'entourent. C'est à juste titre que l'on relèvera son rôle marginal dans le sauvetage des entreprises en difficultés.

Les tiers peuvent concourir au redressement d'une exploitation qui connait des difficultés en souscrivant à une opération d'augmentation de capital.

---

[76] On se demande d'ailleurs s'il n'y a pas lieu de faire un parallèle entre l'État et le banquier dans la mesure où leurs concours peuvent avoir donné une impression fausse de prospérité à l'entreprise et contribuer de la sorte à accroître le passif ou à diminuer l'actif.

[77] ROUTIER (R.), *La responsabilité du banquier*, Paris, L.G.D.J, 1997, n°7.

[78] CAPOEN (A.), *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficultés*, *op.cit.*, p.16. En vue de favoriser le redressement des entreprises en difficultés, le législateur OHADA devra cantonner la responsabilité bancaire pour soutien abusif comme l'a fait son homologue français. En France, la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a intégré au livre VI du code de commerce un article L. 650 relatif au cantonnement de la responsabilité du banquier pour soutien abusif.

17. Toutes ces techniques ci-dessus évoquées relèvent du financement formel. D'autres techniques émanent par contre du secteur informel. Parmi celles-ci figurent les tontines.

L'importance des techniques de financement informel dans le sauvetage des entreprises en difficultés est indéniable au regard des difficultés d'accès au financement formel d'une part et de leur adaptation aux besoins des entreprises en terme de conditions et d'échéances d'autre part[79]. Qu'elles relèvent du financement formel ou informel, toutes ces techniques proviennent des tiers. C'est à juste titre qu'elles sont qualifiées de techniques de financement externe. En réalité, l'entreprise en difficultés doit d'abord rechercher son redressement en son sein avant de recourir aux tiers. Les difficultés financières lorsqu'elles sont surmontables ne sauraient s'apparenter à l'épuisement des techniques de financement interne. Bien qu'elle soit en difficultés, l'entreprise dispose encore des moyens de financement qui lui sont propres tels que la location-gérance et la cession d'actifs. Outre ces techniques, l'entreprise peut toujours sur le plan interne recourir à ses dirigeants, associés ou salariés en vue d'obtenir d'eux qu'ils souscrivent à une augmentation de capital, un cautionnement ou même qu'ils l'autorisent à utiliser les fonds qu'elle détient pour leur compte à travers la technique du compte courant d'associés. Tels sont autant de techniques de financement interne à même de concourir au sauvetage d'une entreprise en difficultés.

18. Généralement, l'entreprise en difficultés a déjà épuisé ses propres techniques de financement au point où seules la location-gérance et la cession d'actifs puissent lui permettre de se redresser à l'interne. Or, celles-ci peuvent paraître dérisoires au cas où les difficultés sont importantes. C'est à juste titre qu'il y va de l'intérêt des entreprises en difficultés que les acteurs de financement interne et externe s'investissent dans leur sauvetage. Un tel investissement n'étant davantage possible que si le cadre juridique du financement lui-même est propice.

19. La question de l'encadrement juridique des entreprises en difficultés -qui ont désormais le droit d'être redressées- ne cesse de retenir l'attention de la doctrine. De nombreuses études ont d'ailleurs été menées dans ce domaine. Seulement, en marge de

[79] **KALIEU (Y. R.),** *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais,* Thèse de Doctorat en droit privé et sciences criminelles, Montpellier I, octobre 1995, pp. 225 et s.

ces réflexions qui se limitent pour la plupart à commenter les différentes procédures collectives d'apurement du passif prévues par le législateur africain, le débat autour de l'intervention des États, des banques, des tontines, des associés, des dirigeants, des salariés, etc. dans le sauvetage des entreprises en difficultés est quasi inexistant. Ce constat nous a semblé suffisant pour susciter l'intérêt pour l'étude du financement des entreprises en difficultés en droit OHADA.

Pourtant, s'il est vrai que plusieurs mesures de redressement des entreprises en difficultés existent, il n'en demeure pas moins que le financement reste la mesure la plus appropriée. Il est d'ailleurs permis et même souhaité au regard du privilège[80] institué en faveur des personnes ayant consenti un nouvel apport en trésorerie au débiteur en conciliation, en règlement préventif ou en redressement judiciaire, en vue d'assurer la poursuite de son activité et sa pérennité[81].

20. L'étude du financement des entreprises en difficultés s'avère intéressant sur un triple plan : juridique, économique et social.

Sur le plan juridique, notre étude permet la prise en compte des dispositions appropriées permettant de concilier l'objectif de redressement des entreprises et la protection de leurs fournisseurs de crédit et d'aide. Nous entendons donc amener les législateurs africains et nationaux à tenir compte de l'intérêt des partenaires et membres de l'entreprise au même titre que celui des entreprises en difficultés afin que ces derniers concourent effectivement au sauvetage des entreprises en situation non désespérée. En effet, la conciliation des intérêts des différentes parties à l'opération de financement d'une entreprise en difficultés est davantage ce qui permettra d'atteindre les finalités du droit des entreprises en difficultés.

Sur le plan économique, il importe de relever qu'il y a une nette relation entre le crédit, l'aide et le développement économique. Les crédits interentreprises étant presqu'inexistants dans notre contexte, les entreprises feront toujours recours à leurs partenaires financiers. À travers notre étude, ces acteurs importants de l'économie pourront suffisamment prendre en compte le souci de sauver les exploitations

[80] Sur ce privilège, lire CROCQ (P.), « Des créanciers et des contractants mieux protégés », in *Droit et Patrimoine*, n° 253, décembre 2015, p. 64.
[81] Articles 5-11 alinéa 1, 11-1 alinéa 1et 33-1 alinéa 1 du nouvel AUPCAP.

économiques qui connaissent certes des crises, mais restent viables ; ce qui sera bénéfique pour la croissance économique.

Sur le plan social, cette réflexion aura pour conséquence la protection des salariés. En contribuant au sauvetage des entreprises en difficultés, ces différents acteurs de financement participent à la protection des salariés en tant qu'ils permettent le maintien même à temps partiel de leurs emplois.

21. Ainsi dégagés, ces intérêts se déduisent inéluctablement de la question de savoir si en militant en faveur du financement des entreprises en difficultés, le droit assure également une meilleure protection des pourvoyeurs de fonds. En d'autres termes, le régime de protection actuel est-il favorable au financement des entreprises en difficultés?

22. S'il est vrai que plusieurs mesures protectrices des intérêts des créanciers postérieurs de l'entreprise en difficultés ont été adoptées, il reste tout aussi vrai que ces mesures demeurent insuffisantes et ne sauraient par conséquent concourir à l'effectivité du financement. Le législateur OHADA s'est évertué à protéger les acteurs de financement externe -même si ladite protection reste à renforcer- sans faire autant[82] pour les acteurs de financement interne, ce qui est de nature à paralyser la restructuration financière au regard de l'efficacité du financement interne [83]par rapport au financement externe[84].

---

[82] Le législateur OHADA en prévoyant les règles de protection spécifiques aux créanciers postérieurs est resté muet concernant les acteurs de financement interne. À la lecture des articles 5-11 alinéa 1, 11-1 alinéa 1et 33-1 alinéa 1 du nouvel AUPCAP, l'on peut croire que les associés, dirigeants et salariés ayant consenti un crédit à une entreprise en difficultés peuvent également bénéficier du privilège. Mais, les articles 166 et 167 du même texte qui prévoient l'ordre de paiement des créanciers de l'entreprise en difficultés, font allusion « *aux créanciers* » parlant des personnes bénéficiant de ce privilège. Or, il nous semble qu'en faisant allusion aux créanciers, le législateur OHADA met en exergue les tiers à l'entreprise et non les associés, dirigeants et salariés qui ne sauraient être considérés comme les tiers. Il n'est toutefois pas exclu que ces membres de l'entreprise soient considérés comme les créanciers et bénéficier par voie de conséquence du privilège. Mais un tel bénéfice s'avère difficultueux. Le législateur gagnerait donc à spécifier les catégories de personnes pouvant bénéficier du privilège tout en intégrant les membres de l'entreprise au cas où en l'état actuel du droit des entreprises en difficultés, ces derniers ne font pas partie des créanciers de l'entreprise. Une telle prévision aura à coup sûr un impact non négligeable sur le financement des entreprises en difficultés.

[83] Lorsque l'entreprise connaît des difficultés, les associés, dirigeants et salariés ont grand intérêt à ce que la structure soit sauvée. Pour cela, ils ne seront autant réticents que les partenaires financiers externes à apporter leur concours. Mais cet intérêt ne pouvant suffire à les galvaniser au sauvetage de leur structure, le législateur OHADA gagnerait à se préoccuper de leurs différentes situations lorsqu'ils ont concouru au sauvetage des entreprises en difficultés afin de les « appâter ». Il devra donc motiver aussi bien les membres des entreprises que leurs partenaires financiers au financement de celles qui connaissent des difficultés surmontables afin d'éviter leur disparition récurrente.

[84]Les mesures ont certes été adoptées par le législateur des procédures collectives afin de motiver les partenaires financiers au sauvetage des entreprises en difficultés. Mais, ces derniers étant pour la plupart soumis à un contrôle

23. Pour la vérification de cette hypothèse, il nous a semblé opportun d'appliquer les méthodes analytique, comparative et exégétique.

A travers une analyse systématique des textes applicables en la matière, des documents y afférents et des informations recueillies, la méthode analytique nous a permis de détecter les éléments militants ou non en faveur du financement.

En faisant une incursion dans la pratique d'autres systèmes juridiques[85], la méthode comparative nous a permis de faire de nombreux rapprochements utiles afin de mettre en exergue les différentes lacunes des textes applicables au financement des entreprises en difficultés en droit OHADA et d'étudier des perspectives d'avenir plus favorables en la matière.

L'exégèse de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, nous a permis de faire l'état des lieux du financement des entreprises en difficultés afin de jauger la teneur d'un tel financement.

24. Ces différentes méthodes nous ont permis de rendre compte de la réalité des problèmes se rattachant à ce sujet, en essayant de rechercher les pistes de solution. Nous avons confronté les différentes techniques de financement des entreprises à la situation réelle des entreprises en difficultés afin de retenir celles qui paraissent les mieux adaptées. Aussi, nous avons confronté la situation des différents pourvoyeurs de fonds aux entreprises en difficultés aux règles des procédures collectives telles que prévues par le législateur OHADA afin de voir si lesdites règles sont propices au financement des entreprises en difficultés. À l'analyse, il apparaît que ces règles ne sont pas suffisamment protectrices des intérêts des pourvoyeurs de fonds aux entreprises en difficultés. L'on observe néanmoins cette volonté du législateur à favoriser le financement. Seulement, obnubilé par le financement externe, il s'est évertué à préserver[86], les intérêts des partenaires financiers des entreprises sans faire autant pour leurs membres. Si une telle option peut se justifier, il reste qu'elle n'est pas de nature à rendre effectif le financement

---

rigoureux, ils octroieront difficilement le crédit ou l'aide à même de sauver une exploitation. C'est à juste titre que nous pensons que le financement interne s'avère efficace que le financement externe parce que généralement disponible.

[85] Il est donc important que le législateur OHADA prenne en compte le droit comparé. Sur la question, voir SAWADOGO (F. M.), « La prise en compte du droit comparé dans l'œuvre d'unification de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique », *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, volume 85, 2008, pp. 307-347.

[86] Bien que cette préservation soit encore à parfaire.

des entreprises en difficultés car malgré la protection accordée aux partenaires financiers des entreprises, l'on observe en pratique leur frilosité à s'immiscer dans une opération de financement initiée en vue de sauver une exploitation. Par contre, les membres des entreprises n'hésitent pas à s'immiscer dans une telle opération. C'est dire que le financement interne qui lui, semble être largement mésestimé par le législateur des procédures collectives est davantage ce qui permet aux entreprises de renflouer leurs caisses.

25. Ce constat nous a paru suffisant à organiser notre travail autour d'un plan binaire présentant d'une part le financement interne comme le moyen le plus apte à concourir au sauvetage des entreprises en difficultés ; moyen qui mérite de ce fait une attention particulière, et d'autre part le financement externe comme le moyen le moins apte parce que soumis pour la plupart à un contrôle rigoureux. D'où :

Première partie : Le financement interne : moyen de financement efficace mais limité dans son encadrement.

Deuxième partie : Le financement externe : moyen de financement largement encadré et limité dans sa mise en œuvre.

PREMIÈRE PARTIE

LE FINANCEMENT INTERNE : MOYEN DE FINANCEMENT EFFICACE MAIS LIMITÉ DANS SON ENCADREMENT

26. L'ouverture d'une procédure collective contre une entreprise reste une épreuve difficile et souvent destructrice de valeur. Cette situation est plus préjudiciable aux entreprises qu'à leurs partenaires financiers. C'est assurément la raison pour laquelle lorsqu'une entreprise donne des signes de défaillance, en règle générale, elle recherche d'abord des solutions en son sein[87] avant de recourir aux tiers. Ses dirigeants et associés[88] en prennent conscience et tentent de trouver par eux-mêmes des solutions permettant de la sauver[89].

L'entreprise en difficultés a un problème de crédibilité[90] vis-à-vis des tiers à qui elle doit solliciter le concours financier et dont l'intervention s'avère indispensable à sa pérennité. Cette perte de crédibilité, ajoutée aux contraintes inhérentes à la plupart des financements externes entrainent comme conséquence la réticence des partenaires à s'immiscer dans le renflouement financier de l'entreprise. C'est fort de cela que nous arguons de l'efficacité du financement interne[91] par rapport au financement externe.

27. Le financement interne joue un rôle prépondérant dans le sauvetage de l'entreprise en difficultés. Il est le fer de lance de tout développement économique, les financements externes devant idéalement constituer un complément. En effet, sans financement interne, les prêteurs extérieurs risquent de refuser toute intervention. En outre, le recours à des tiers[92] présente des difficultés que le financement interne permet d'éviter telles que la gestion fastidieuse des dossiers, l'existence des règles juridiques

---

[87] Dans les entreprises individuelles, avec l'application du principe d'unité des patrimoines, l'entrepreneur est contraint de puiser dans son patrimoine personnel pour satisfaire ses créanciers. Pour éviter la liquidation de son exploitation, il doit nécessairement injecter des fonds personnels dans son activité professionnelle. De plus, dès lors qu'une partie du passif du débiteur est constituée de dettes professionnelles nées de son activité commerciale, tout son patrimoine répond de ses engagements financiers, qu'ils soient personnels ou professionnels. Lire dans ce sens, KOM (J.), *Droit des entreprises en difficulté OHADA*, *op. cit.*, p. 55 ; AYAWA (A.), « Réflexions sur les pouvoirs de l'associé unique », Recueil d'Etudes sur l'OHADA et L'UEMOA, p. 107.

[88] Dans les sociétés de personnes au sein desquelles la responsabilité des associés est illimitée, ceux-ci ont grand intérêt au renflouement financier de l'entreprise afin d'éviter sa liquidation ainsi que d'éventuelles poursuites. Ils sont solidairement et indéfiniment responsables du passif social. À cet effet, ils pourront être poursuivis pour la totalité de la dette avec la possibilité d'exercer une action récursoire contre les autres codébiteurs pour exiger leurs parts. La situation des associés ici est assimilable à celle de l'entrepreneur individuel car la faillite de l'entreprise entraine celle des associés. L'extension des procédures collectives à leur égard intervient de plein droit et non à titre de sanction. Voir dans ce sens KOM (J.), *Droit des entreprises en difficulté OHADA*, *op. cit.*, p. 55 ; TATI WABO (N.), *L'associé d'une entreprise en difficulté*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2004-2005, p. 36 et s.

[89] SAINT-ALARY-HOUIN(C.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p. 135.

[90] LACROIX (E.) et MEILLE (B.), *Le financement des entreprises en difficultés de trésorerie*, RFC 364, mars 2004, p.1.

[91] On parle de financement interne lorsque l'entreprise utilise ses ressources financières.

[92] Banques, État, organismes financiers divers, prêteurs individuels, etc.

parfois coûteuses pour les dirigeants, notamment au travers des cautions personnelles, etc. C'est dire l'opportunité du financement interne par rapport au financement externe dans le sauvetage des entreprises en difficultés.

Pour surmonter ses difficultés à l'interne, l'entreprise peut tout d'abord recourir aux techniques de financement qui lui sont propres (TITRE 1) avant de s'adresser à ses associés, ses dirigeants et même ses salariés (TITRE 2).

TITRE I

LES TECHNIQUES DE FINANCEMENT PROPRES À L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉS

28. Les premières opportunités de financement pour l'entreprise consistent dans l'autofinancement, c'est- à- dire le réinvestissement du résultat et des charges non décaissées. L'autofinancement peut se définir la capacité de l'entreprise à financer son activité ainsi que ses investissements à l'aide de ses propres moyens financiers. C'est le résultat de la somme des dotations aux amortissements, des réserves, des plus values, des capitaux propres, des exercices antérieurs et de l'épargne. Il s'agit donc d'un ensemble de moyens puisés dans l'entreprise elle-même. Une entreprise est donc autofinancée lorsqu'elle assure elle-même son développement sans avoir recours ni à ses associés, dirigeants et salariés, ni à des sources de financement externes. Si cette technique de financement se déploie aisément lorsque l'entreprise est *in bonis*, force est de constater qu'elle ne saurait faire partie des techniques de financement d'une entreprise qui connait des difficultés.

29. L'entreprise en difficultés ne dispose généralement plus de réserves[93]. Elle n'a plus de capitaux lui permettant de réinvestir dans son activité[94]. Ceux-ci sont généralement épuisés lorsque surviennent les difficultés. Elle ne peut donc rechercher sa survie à travers ses propres moyens qu'en cédant une partie ou la totalité de ses actifs (CHAPITRE 1) ou en louant son fonds (CHAPITRE 2). Ces techniques de financement nécessitent certes l'intervention des tiers[95], mais elles constituent à n'en point douter des

[93] On entend par réserve, toute somme prélevée sur les bénéfices et affectée à une destination déterminée ou conservée à la disposition de la société. Constituent une réserve tous bénéfices réalisés par une société qui les conserve à sa disposition, sans les incorporer au capital social et sans les distribuer aux associés et actionnaires. Pour cette raison, la réserve est inscrite au passif du bilan sous la rubrique «*capitaux propres*». D'autres réserves ne proviennent pas de bénéfices non distribués. Ainsi, la prime d'émission ou de souscription sur la valeur nominale des parts ou actions est un apport complémentaire des associés ou des actionnaires. Toutefois, la prime d'émission fait partie des capitaux propres au même titre que les réserves réglementées aux articles 142 et s. de l'AUSCGIE. Sur les réserves dans les entreprises en difficultés, lire ARBELLOT (F.), La notion de « réserves de crédit » en droit des entreprises en difficulté, in La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 6, 9 février 2012, p. 23.

[94] La crise du crédit rappelle avec acuité l'importance des fonds propres pour l'entreprise. BALI (M.), « Le renforcement des fonds propres des entreprises françaises », *Les Petites Affiches*, 24 février 2009, n° 39, p. 8.

[95] Le candidat à la reprise et le candidat à la location-gérance.

mesures de restructuration permettant à l'entreprise de se procurer des fonds sans recourir à ses membres.

CHAPITRE 1

LES CESSIONS D'ACTIFS : SOLUTION HEUREUSE DE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS

30. Les États africains en général et ceux membres de l'OHADA en particulier, ont plus que besoin, dans un environnement économique davantage concurrentiel, d'exploiter toutes les mesures idoines permettant de sauvegarder et d'assurer le développement de l'entreprise africaine[96]. Parmi ces mesures figurent la cession d'actif et la cession de contrôle[97]. Mais, cette dernière n'étant réglementée que de façon restrictive (Articles 57[98], 58[99] et 185 du nouvel AUPCAP) d'une part, et le principe étant celui de l'incessibilité[100] des droits sociaux d'autre part, seule retiendra notre attention la cession d'actif.

---

[96] ALILI (S. M.), « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », Ohadata D-06-38 p. 1.

[97] La cession de contrôle consiste en une prise de contrôle par l'acquéreur. Cette forme de cession n'existe que pour les entreprises exploitées sous forme sociétaire, le candidat acquérant alors la majorité des voix. Lorsque l'entreprise est exploitée sous forme individuelle, la cession de l'entreprise ne peut aboutir qu'à la cession des actifs de celle-ci au repreneur. Si le législateur OHADA n'a réglementé la cession de contrôle que de façon restrictive, cela ne voudrait pas dire que cette modalité de cession ne saurait concourir au redressement de l'entreprise en difficultés. Elle présente d'ailleurs un intérêt sur le plan fiscal ; les charges fiscales y afférentes étant moins contraignantes que celles relatives à la cession des actifs.

[98] L'article 57, alinéa 1 du nouvel AUPCAP dispose qu' « *à partir de la décision d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre une personne morale, les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, à peine de nullité, ne peuvent céder leurs parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital de la personne morale qui fait l'objet de la procédure qu'avec l'autorisation du juge-commissaire et dans les conditions fixées par la lui* ». La juridiction compétente prononce l'incessibilité des droits sociaux de toute personne qui s'est immiscée dans la gestion de la personne morale à quelque moment que cette immixtion a été constatée. Quant à l'alinéa 2 du même article, il dispose que : « *Les titres constatant les droits sociaux sont déposés entre les mains du syndic. À défaut de remise volontaire, le syndic met en demeure les dirigeants de procéder au dépôt entre ses mains. La non-remise de ces titres est constitutive d'infraction prévues à l'Article 233, 6° ci-dessus* ». Ce principe aurait sans doute pour finalité de permettre que les dirigeants des personnes morales puissent garantir l'exécution des sanctions pécuniaires qui pourront éventuellement être prises contre eux.

[99] L'article 58, alinéa 1 du nouvel AUPCAP prévoit que « *le syndic assure, sous sa responsabilité, la garde des titres qui lui sont remis par les dirigeants dans les conditions prévues à l'article 57ci-dessus* ». *Cet article prévoit à son alinéa 2 que le syndic « ne peut les restituer qu'après homologation du concordat de redressement judiciaire ou après clôture des opérations de liquidation des biens, sauf à les remettre, à tout moment, à qui la justice l'ordonne*». Il convient dès lors de s'interroger sur le moment effectif du dépôt et même de la remise des titres. À la lecture de l'article 57, alinéa 1 précité, il ressort que c'est à partir du jugement d'ouverture de la procédure collective que les titres sont déposés entre les mains du syndic quelle que soit la procédure ouverte. C'est dire que pour les procédures de règlement préventif et de redressement judiciaire dans l'hypothèse où le projet de concordat est déposé en même temps que la déclaration de cessation des paiements, les dirigeants sociaux restent détenteurs de leurs titres pendant le vote et même l'homologation du concordat, car ces opérations devraient en tout état de cause précéder la décision d'ouverture de ces procédures et en déterminer le choix. Paradoxalement, l'article 58 en son alinéa 2 prévoit la restitution des titres après homologation du concordat ou, après clôture des opérations de liquidation des biens. C'est dire que les titres doivent être déposés avant l'homologation du concordat ou après la décision d'ouverture selon le cas car la restitution d'une chose suppose sa remise préalable. À quel moment doivent donc s'opérer le dépôt et la restitution des titres? Nous pensons que les titres sociaux doivent être déposés avant le jugement d'ouverture de la procédure collective et plus précisément avant l'homologation du concordat lorsque le débiteur a introduit une demande de règlement préventif ou de redressement judiciaire ou après le jugement

Succinctement, la cession[101] est « *une transmission entre vifs, du cédant au cessionnaire, d'un droit réel ou personnel, à titre onéreux ou gratuit*»[102]. Ainsi définie, elle pourrait s'apparenter à une vente[103] ordinaire à laquelle on l'assimile à tort[104].

Le recours à la cession d'actif[105] est intéressant dans la mesure où elle permet d'assurer le sauvetage de tout ou partie de l'entreprise en difficultés, d'en pérenniser l'exploitation et de maintenir les emplois qui y sont attachés, mais aussi de désintéresser dans la mesure du possible les créanciers[106]. De la sorte, elle est une mesure de traitement des difficultés des entreprises. Elle est prévue dans la phase préventive[107], dans celle de redressement judiciaire[108] ou encore dans la liquidation des biens[109]. Elle peut être précédée d'une location-gérance ou même envisagée comme unique mesure.

---

d'ouverture si c'est la liquidation qui a été demandée. Quant à la restitution, nous pensons que le législateur ferait mieux non seulement de prévoir les délais mais aussi et surtout de les allonger en cas de redressement au lieu de prévoir la restitution après l'homologation. Le prononcé du redressement ne suppose pas sa réussite. Plusieurs procédures de redressement ont d'ailleurs abouti à la liquidation. Une telle mesure aura donc pour avantage de garantir l'exécution des sanctions pécuniaires prononcées contre les dirigeants en cas de liquidation d'une entreprise jadis redressable.

[100] Toutefois, ce principe n'est pas absolu. Il ressort d'ailleurs de l'article 185 du nouvel AUPCAP que la juridiction compétente peut enjoindre aux dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif de l'entreprise de céder leurs parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières donnant accès au capital de celle-ci ou ordonner leur cession forcée par les soins du syndic, au besoin après expertise ; le produit de la vente est ainsi affecté au paiement de la part des dettes de la personne morale mise à la charge de ces dirigeants.

[101] La cession de l'entreprise est nécessaire à la survie d'une entreprise financièrement défaillante ou d'une entreprise en mal de compétition. Elle peut être totale ou partielle. Elle est partielle lorsque le débiteur ayant plusieurs actifs ou branches d'activités, cède seulement une ou plusieurs d'entre eux. Lire dans ce sens WATAT (H. R.), *Le régime fiscal des cessions d'entreprises*, Mémoire de DESS, Université de Douala, 2007, p. 3.

[102] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., p. 159.

[103] La vente est le contrat par lequel une personne, le vendeur, transfère ou s'engage à transférer un bien à une autre personne, l'acheteur, qui a l'obligation d'en verser le prix en argent. CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., p. 1055. Le principe du consensualisme est très poussé dans les ventes relevant du droit commun. La vente est par exemple parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur dès qu'elles se sont convenues de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé (article 1583 C. civ.).

[104] V. l'arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation française du 22 octobre 1996 qui décide que la cession n'est pas une vente de droit commun, in Les Petites Affiches, 8 janvier 1997, p. 13.

[105] La cession partielle d'actif permet à l'entreprise non seulement de se débarrasser de certains biens inutiles, mais aussi et surtout de se procurer des liquidités. Lire dans ce sens GUYON (Y.), *Droit des affaires, Tome2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire-faillite*, *op. cit.*, p. 301.

[106] DEMEYERE (D.), « Les enjeux de la cession de l'entreprise en difficulté », *Les Petites Affiches*, n° 108, 30 mai 2012, p. 39.

[107] Le débiteur doit à cette phase saisir la juridiction compétente d'une requête exposant sa situation économique et financière et présentant les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement du passif (article 6, alinéas 2et 3 du nouvel AUPCAP). Cette requête doit être accompagnée d'un certain nombre de documents parmi lesquels un projet de concordat (article 6-1 du nouvel AUPCAP). Ce projet doit préciser les mesures envisagées pour le redressement de l'entreprise telles que la cession de la totalité ou d'une partie de l'entreprise (article 7 du nouvel AUPCAP). Contrairement à l'ancien texte, le nouvel Acte uniforme n'offre plus au débiteur la possibilité de déposer le projet ou l'offre de concordat préventif dans le délai de trente (30) jours après le dépôt de la requête. Le projet de concordat préventif doit donc être déposé en même temps que la requête.

[108] À cette phase, le débiteur doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire (article 25, alinéa 3 du nouvel AUPCAP). En même temps que cette déclaration ou, au plus tard dans les soixante (60) jours qui suivent la décision d'ouverture du redressement

31. Mais en réalité, cette technique reste une opération complexe dont la mise en œuvre n'est pas aisée à réaliser eu égard à la particularité [110]des procédures collectives et à la complexité[111] des règles juridiques, fiscales et sociales censées régir les entreprises en difficultés. Il importe à cet effet de rappeler que la réussite d'une opération juridique et économique, aussi séduisante soit-elle, ne saurait être efficace s'il n'existe un sous bassement juridique performant à même d'accompagner ladite opération[112]. C'est la raison pour la quelle, pour asseoir cette analyse, il nous paraît incontournable d'examiner l'AUPCAP.

Ce texte qui organise la cession d'actif retient principalement deux modes : la cession partielle d'actif[113] et la cession globale d'actif[114]. Sous l'ancien texte, la cession apparaissait restrictive dans le cadre du redressement judiciaire et du règlement préventif puisqu'il n'était fait état que de la cession partielle ; ce qui fut fortement critiqué[115]. Les rédacteurs du nouvel Acte uniforme, soucieux de l'amélioration des règles afférentes au sauvetage des entreprises en difficultés, n'ont pas hésité à intégrer toutes ces critiques. C'est ainsi qu'en l'état actuel du droit des procédures collectives, la cession globale d'actif n'est plus exclusivement réservée au cas de liquidation des biens (SECTION 2). Elle constitue désormais une mesure de redressement au même titre que la cession partielle d'actif (SECTION 1).

---

judiciaire, il doit déposer un projet de concordat précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise parmi lesquelles la cession partielle d'actif, la cession d'une branche d'activité formant un fonds de commerce et la cession de la totalité de l'entreprise (article 27du nouvel AUPCAP). Cette nouvelle formulation de l'article 27 nous semble toutefois paradoxale du moment où elle permet de prononcer un jugement d'ouverture du redressement judiciaire quand bien même un projet de concordat de redressement n'a pas été déposé, ni voté par les créanciers. La décision d'ouverture du redressement judiciaire devrait-elle prononcée en l'absence d'un projet de concordat sérieux ? Permettre cela constitue une lacune grave du législateur des procédures collectives qu'il conviendrait de revoir.

[109] Dans cette hypothèse, la cession d'actif ne peut se faire que de façon globale (articles 160 à 163 du nouvel AUPCAP).

[110] La particularité tient au fait que l'entreprise se trouve désormais soumise aux règles spéciales applicables aux entreprises sous administration judiciaire.

[111] La complexité tient aux difficultés de mise en œuvre des différentes modalités de cession et aux spécificités des lis fiscales et sociales en vigueur.

[112] ALILI (S. M.), « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », *op. cit.*, p. 16 .

[113] Articles 131 à 133 du nouvel AUPCAP.

[114] Articles 131 à 133, 160 à 162 du nouvel AUPCAP.

[115] SAWADOGO (F.M.), OHADA Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.*, p. 279.

SECTION 1. LA CESSION PARTIELLE D'ACTIF : UNE MESURE DE REDRESSEMENT

32. L'étude des causes de la défaillance peut faire apparaître qu'une usine, un secteur ou une branche d'activité n'est pas rentable. Dans ce cas, le législateur a admis avec réalisme que leur cession puisse se faire[116].

L'utilisation de la cession d'entreprise comme technique applicable au concordat de redressement fut une innovation importante de l'ancien AUPCAP. Ni le concordat, ni la cession d'actif n'étaient des techniques nouvelles; c'est leur association dans le cadre d'un concordat de redressement qui constituait la nouveauté[117].

L'Acte uniforme utilise cette variante du concordat de redressement comme un moyen de traitement judiciaire des difficultés des entreprises[118]. Il ne s'agit plus ici pour le débiteur de proposer les mesures de réorganisation interne de l'entreprise mais de proposer les solutions permettant aux tiers d'acquérir une partie des biens de l'entreprise afin de sauver son exploitation[119].

La cession partielle d'actif[120] n'est donc possible que si le redressement de l'entreprise est envisageable. Elle ne porte que sur des unités viables et non sur les secteurs morts[121]. Elle a pour objet, le maintien de l'activité, soit de l'entreprise dans sa globalité, soit simplement de certaines unités[122]d'exploitation formant une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités, tels qu'usines, magasins, réseaux de

---

[116] Articles 131 et s. du nouvel AUPCAP.

[117] GOMEZ (J. R.), *OHADA, Entreprises en difficulté. Lecture de l'Acte Uniforme de l'OHADA portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif à la lecture du Droit français, op. cit.*, p. 331.

[118] Idem.

[119] POUGOUE (P. G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, *op. cit*., p. 74.

[120] Le concordat comportant une cession partielle d'actif est organisé par les articles 131 à 133 du nouvel AUPCAP. Il trouve un antécédent dans le Code de commerce tel qu'il avait été rendu applicable en Afrique pendant la période coloniale à travers le concordat par abandon d'actif. Après avoir posé le principe selon lequel aucun débiteur commerçant n'est recevable à demander son admission au bénéfice de la cession des biens, L'article 541, alinéa 2 du Code de commerce admet immédiatement une exception. Celle-ci consiste en un concordat par abandon total ou partiel de l'actif du failli, qui est formé suivant les mêmes règles prescrites et produit les mêmes effets que le concordat simple. Après avoir posé en règle générale qu'aucun débiteur commerçant n'est recevable à demander son admission au bénéfice de la cession de biens, le législateur français y déroge en autorisant le concordat par abandon total ou partiel du failli. Le débiteur est donc libéré de tout ou partie de ses biens, qui seront réalisés. Voir dans ce sens SAWADOGO (F. M.), OHADA Droit des entreprises en difficulté, *op.cit.*, p. 279; DECKON H. (K..) et AGBENOTO M. (K..), « Redressement judiciaire et concordat de redressement », in POUGOUE (P.-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, décembre 2011, p. 1465.

[121] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., p. 544.

[122] La cession partielle d'actif ne porte que sur certains éléments de l'exploitation. Par cession partielle d'actif il faut entendre la cession d'un ensemble d'actifs d'exploitation pouvant constituer une branche d'activité autonome.

distribution [123]. De la sorte, elle apparait comme la solution la plus originale de sauvetage des entreprises en difficultés[124].

Cette technique de financement des entreprises en difficultés présente toutefois de graves risques, particulièrement pour les créanciers titulaires des sûretés réelles spéciales sur les biens à céder[125]. C'est assurément la raison pour la quelle elle est soumise à certaines conditions sans lesquelles elle ne saurait être homologuée (§1). Ne perdons tout de même pas de vue que cette modalité de cession d'actif regorge assez d'avantages (§2).

§1. La nécessité du respect des conditions du concordat avec cession partielle d'actif

33. Le concordat[126] peut être défini comme une convention[127]conclue entre le débiteur et ses créanciers, chirographaires et privilégiés, avec homologation de la justice destinée à en garantir le sérieux et la viabilité[128]. C'est en d'autres termes un acte juridique collectif comme la convention collective en droit du travail, homologué par la justice après son adoption par une majorité qualifiée des créanciers et qui va s'imposer aux opposants et aux absents[129].

34. Pour que le concordat se forme, il faut, d'abord, vérifier que le débiteur ou les dirigeants qui doivent l'exécuter ne sont pas sous le coup d'une banqueroute ou d'une faillite personnelle[130]. Il faut ensuite, le faire adopter et, le faire homologuer par la

---

[123] Article131, alinéa 3 du nouvel AUPCAP.

[124] JEANTIN (M.), *Droit Commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, 4e éd., Dalloz, 1995, p. 449.

[125] SAWADOGO (F.M.), *OHADA Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., p.278.

[126] Il est considéré par un auteur comme une solution de survie de l'entreprise. SAWADOGO (F. M.), *OHADA Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., p. 269.

[127] La nature juridique du concordat est controversée. On la qualifie tantôt d'acte juridique unilatéral, tantôt de convention. Pour certains, le concordat est un acte unilatéral parce qu'il s'inscrit dans la politique de gestion de l'entreprise et tire son autorité d'une décision judiciaire. En tant que tel, ils l'assimilent à un acte de gestion et à une décision de justice. Pour d'autres, le concordat est une convention dans la mesure où il influence le champ contractuel du débiteur et constitue un engagement vis-à-vis des tiers. Nous partageons ce dernier avis au regard de la place qu'occupent les créanciers dans l'adoption de la mesure. Sur la question, lire KANE EBANGA (P.), « La nature juridique du concordat du redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA », *Juridis Périodique*, n°50, avril-mai-juin 2002, p. 109-112.

[128] Par cette convention, le débiteur présente un plan de règlement du passif et de redressement de l'entreprise qu'il exécutera une fois remis à la tête de ses affaires. DECKON H. (K.) et AGBENETO M. (K.), « Redressement judiciaire et concordat de redressement », *préc*, p. 1453.

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

[130] La déclaration de faillite personnelle suppose l'ouverture d'une procédure collective et doit être déclarée irrecevable en l'état si aucune procédure collective n'est ouverte. C'est du moins ce qu'a décidé le Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement n° 127 du 28 janvier 2005, L'Agence Conseil en Marketing et Communication dite « OPTIMA» c/ La Société Africa Investissement Sénégal Brasseries dite « AISB », Ohadata J-06-171. Sur la question, lire DERRIDA (F.), « À propos de la faillite personnelle », *D*., 1975, chron., XXXIV, n° 5 ; SCHULTZ

juridiction compétente[131]. Le nouvel AUPCAP précise les règles applicables au concordat comportant une cession d'actif[132].

En tant qu'il n'est qu'une variante du concordat[133] et compte tenu de sa particularité, le concordat avec cession partielle d'actif est soumis à certaines conditions[134]. Celles-ci sont relatives à l'offre (A), au vote (B) et à l'homologation(C) du concordat.

A. Les conditions d'offre

35. Pour que le concordat comportant une cession d'actif puisse intervenir, il faut que le débiteur présente une offre[135]. Celle-ci doit émaner de tous les associés, notamment de l'assemblée générale de la société anonyme[136].

L'offre de cession doit être sérieuse[137]. C'est elle qui définit ce qu'on appelle le «*périmètre de la cession* ». À cet égard, l'inventaire des biens de l'entreprise revêt une

(P.), « La faillite personnelle après la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde de l'entreprise (Commentaire des articles L-653-1 et s. du C. de com.) », *Revue des Procédures Collectives*, n° 4, décembre 2005, pp. 299-307 ; SAWADOGO (F. M.), « Sanctions civiles et commerciales des procédures collectives d'apurement du passif », in Encyclopédie du droit OHADA, op. cit., pp. 1805-1823.

[131] SAWADOGO (F. M.), *OHADA Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., p. 278.

[132] Articles 131 à 133.

[133] L'Acte uniforme distingue deux principales situations : d'abord ce que l'on peut appeler le concordat ordinaire ou simple, ensuite le concordat comportant une cession partielle d'actif.

[134] L'AUPCAP exige que l'homologation du concordat préventif ou de redressement soit subordonnée à la réunion des conditions de validité. Il ne précise pas si ces conditions sont de fond ou de forme. Toutefois, en se référant aux énonciations qu'il fait à la suite des articles 15, alinéa 1 et 127, alinéa 1, on se rend compte que celles-ci ont trait aux conditions de fond. L'appréciation des conditions de forme serait ainsi laissée à la perspicacité de chaque débiteur. De la sorte, la forme manuscrite ou dactylographiée importera peu. Mais dans la mesure où il s'agit d'un document soumis à l'appréciation du juge et même des créanciers, il serait préférable que le débiteur évite les bourrages et ratures qui pourraient naître de la présentation manuscrite du document. La forme dactylographiée serait donc souhaitable afin de faciliter la lecture et la compréhension du document. Voir dans ce sens, SOH FOGNO (D. R.), *Le débiteur à l'épreuve des procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, Thèse de Doctorat PhD, Université de Dschang, 2012, p. 68.

[135] Article 119, alinéa 1 du nouvel AUPCAP. Quels que soient les avantages dont le débiteur souhaiterait bénéficier, ils lui seront difficilement accordés s'ils ne s'accompagnent pas d'offres concrètes. MELI METINO (C. G.), *Le traitement des difficultés des entreprises en droit des procédures collectives OHADA*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2009-2010, p.51.

[136] DECKON H. (K.) et AGBENETO M. (K.), « Redressement judiciaire et concordat de redressement », *préc*, p.1454.

[137] La notion d'offre sérieuse est délicate à préciser mais, dans cette appréciation, les pouvoirs du tribunal sont très larges. Les juridictions se livrent à un examen global de l'offre, c'est-à-dire de la solidarité financière de la proposition d'achat mais aussi de sa faisabilité sur le plan social. Les tribunaux procède à une analyse économique très détaillée de l'offre s'attachant, notamment, à la situation du marché, à l'importance des investissements, à la structure et à la compétence du personnel, au maintien de l'emploi et au désintéressement des créanciers. Voir à cet effet, SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., p. 548.

importance particulière. Cet inventaire est d'ailleurs rendu obligatoire par le nouvel AUPCAP[138].

36. La procédure d'élaboration de la cession présente l'intérêt d'être mixte : à la fois volontaire et judiciaire[139]. En effet, en rendant judiciaire l'offre déposée qui n'était alors qu'une initiative individuelle, le tribunal donne force obligatoire à la cession qui n'était que proposée. Les biens qui n'auront pas été écartés de la cession y seront immanquablement inclus. Toutefois, il semble que quand bien même le tribunal ne pourrait pas imposer des charges nouvelles, il pourrait très bien ne pas céder tous les biens inclus dans l'offre de cession. Par ailleurs, il peut céder plus de biens que ceux qui y sont inclus en faisant rentrer dans le périmètre de la cession les biens que le débiteur ne voulait pas céder, mais qu'il estime pourtant nécessaires au redressement et à la poursuite de l'exploitation. Ceci doit inciter le tribunal à contrôler minutieusement l'offre de cession qui à été déposée et à ne pas se contenter de l'énumération des actifs cédés y figurant. Quels sont dès lors les biens susceptibles d'être cédés ?

37. La cession d'actif peut concerner un certain nombre de biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles[140]. En particulier, il peut s'agir de la cession d'entreprise ou d'établissement, c'est-à-dire d'un ensemble de biens susceptibles d'une exploitation autonome[141]. Elle permet dans ce cas d'assurer le maintien de l'activité concernée et les emplois qui y sont attachés tout en contribuant à l'apurement du passif dans la mesure où le produit de la cession permettra de désintéresser les créanciers[142]. Pour les biens isolés, il peut s'agir d'immeubles de grande valeur mais dont la propriété n'est pas indispensable à l'exploitation de l'entreprise[143].

La cession ne peut porter que sur les biens appartenant au débiteur, peu importe en revanche qu'ils soient grevés de sûretés réelles. Il est aujourd'hui de plus en plus fréquent

---

[138] L'article 131, alinéa 4 du nouvel AUPCAP dispose que: « *Lorsque la cession totale ou partielle d'actif ou d'entreprise ou d'établissement est envisagée dans le concordat de redressement judiciaire, le syndic doit établir un état descriptif des biens meubles et immeubles dont la cession est envisagée (…)*»

[139] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op., cit*., p. 547.

[140] Article 131, alinéa 2 du nouvel AUPCAP.

[141] DECKON H. (K.) et AGBENETO M. (K.), « Redressement judiciaire et concordat de redressement », *préc*, p. 1466. Dans ce cas, c'est la cession d'une branche d'activité susceptible de fonctionner par ses propres moyens. Ce serait le cas si le débiteur exploitait deux usines et décide de céder l'une d'elles ; le but recherché pouvant être de se débarrasser d'une exploitation non rentable dans les faits et que le cessionnaire est en mesure de rentabiliser.

[142] POUGOUE (P. G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, *op. cit*., p. 75.

[143] DECKON H. (K.) et AGBENETO M. (K.), « Redressement judiciaire et concordat de redressement », *préc*, p. 1466; SAWADOGO (F. M.), OHADA *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., p. 278.

que l'usage et la jouissance des biens constituant l'entreprise soient dissociés du droit de propriété, les modalités modernes du financement des entreprises étant la cause principale de ce morcellement. Le débiteur pouvant être le détenteur des biens appartenant à des tiers, le cessionnaire devra alors rechercher quels sont les droits véritables de celui-ci sur les biens de l'entreprise, détenus par lui et énumérés par l'inventaire.

38. L'offre de cession doit porter sur une entreprise, notion plus économique que juridique et, il est vrai, assez floue, mais qui a le mérite d'écarter ce qui indubitablement n'en fait pas partie. Ne peuvent dès lors être cédés que les biens affectés à l'activité de l'entreprise. C'est ainsi que les biens personnels du débiteur personne physique en redressement judiciaire ou des associés d'une société à risques illimités, ne peuvent être compris dans le domaine de la cession. Les biens susceptibles de cession seront pour un exploitant individuel, les biens affectés à son activité professionnelle et dont il est en principe propriétaire. Pour une personne morale, il s'agira des biens employés pour mettre en œuvre l'objet social tel que déterminé dans les statuts.

39. Tout bien affecté à l'exploitation de l'entreprise peut en principe être cédé à condition cependant qu'il soit dans le commerce. Le débiteur, assisté du syndic doit, afin de sauver son exploitation, communiquer la liste des biens ou des unités de production dont il souhaite la cession. Un état descriptif des biens du débiteur doit à cet effet être établi par le syndic. Cet état présente les biens dont la cession est envisagée, la liste des emplois qui y sont éventuellement attachés, les sûretés réelles dont ils sont affectés et la quote-part de chaque bien dans le prix de cession, afin de permettre aux créanciers d'exercer leurs droits sur le prix. Cet état est joint à la convocation individuelle prévue à l'article 122 du nouvel AUPCAP.

L'offre de cession approuvée par le juge-commissaire est portée à la connaissance du public par voie d'annonces légales. En disposant simplement que « *les offres d'acquisition sont reçues par le débiteur(…)* », l'article 132, alinéa 1 du nouvel AUPCAP laisse penser que toute personne peut se porter acquéreur. On peut donc se demander si cette offre peut être faite par les dirigeants de la personne morale, leurs parents ou alliés qui, dans la cession globale d'actif, ne peuvent se porter acquéreurs.

40. Les offres d'acquisition sont reçues par le débiteur assisté du syndic. En l'absence de délai expressément prévu, on peut dire que ces offres doivent intervenir avant que l'assemblée concordataire ne soit convoquée, car la convocation doit contenir l'ensemble des propositions concordataires du débiteur. Il ressort toutefois de l'article 132, alinéa 4 du nouvel AUPCAP qu'au cas où aucune offre d'acquisition n'est exprimée avant l'assemblée concordataire et que le débiteur n'a pas manifester son intention de retirer son offre, la cession serait possible suivant les règles de la cession globale d'actif.

Quoiqu'il en soit, les offres d'acquisition recueillies sont ensuite portées à la connaissance de l'assemblée concordataire qui décide, aux conditions de majorité, de retenir l'offre d'acquisition la plus avantageuse. Celle-ci doit permettre dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé et le paiement des créanciers[144]. Cet objectif de survie de l'entreprise est essentiel. Pour y parvenir, l'assemblée concordataire devra voter la cession partielle dans les mêmes conditions que les autres mesures contenues dans les propositions concordataires.

B. Les conditions de vote

41. L'article 132, alinéa 1 du nouvel AUPCAP pose le principe de la soumission des offres d'acquisition à la connaissance et au vote des créanciers. Toutefois, afin de ne pas contrecarrer la finalité de la loi et accorder du prix à la célérité recherchée, le tribunal peut passer outre la consultation des créanciers en l'absence des remises et délais supérieurs à deux ans.

Le vote du concordat par les créanciers est une opération importante dans les procédures de règlement préventif et de redressement judiciaire[145]. C'est la raison pour la quelle, il est précédé par la publicité[146] de la proposition concordataire, la convocation[147]

---

[144] MESTRE (J.) VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN(C.), *Lamy sociétés commerciales SNC, SARL, SA, sociétés particulières, constitution et gestion, groupes restructuration valeurs mobilières responsabilité*, éd. Lamy, 2000, p. 2319.

[145] En cas de rejet du concordat, la juridiction compétente ne peut prononcer que la liquidation des biens. Sur la question, voir Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement commercial n° 080 du 09 avril 2004, affaire Sté Samir ABOURIZK. Ohadata J-09-323 ; Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement commercial n° 135 du 11 mars 2005, affaire Sté PROMEL SA. Ohadata J-09-338 ; Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso, Jugement n° 298 du 29 décembre 2004, Sté SENEFURA SAHEL, Sté Adventis Grop Science, Sté ALM International et S.N.T.B. c/ SOPAGRI-SA. Ohadata J-09-62.

[146] Elle se fait par insertion dans un journal d'annonces légales.

des créanciers [148]qui ont droit à une large information et la consultation des créanciers munis de sûretés réelles spéciales[149]. Pour que le concordat se forme, les créanciers doivent accepter les propositions du débiteur. À cette fin, ils sont réunis[150] en assemblée dite concordataire, où ils doivent prendre une décision en votant les propositions, dans le respect du principe d'égalité[151]. La question se pose dès lors de savoir quelles catégories de créanciers prennent part au vote du concordat, étant précisé qu'il s'agit forcément des créanciers antérieurs, autrement dit des créanciers dans la masse.

42. Sont appelés à participer à l'assemblée concordataire, tous les créanciers figurant sur l'état des créances, à titre chirographaire définitivement ou par provision.[152] Il en est de même des créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale qui n'ont pas fait la déclaration prévue à l'article 120 du nouvel AUPCAP. Ils peuvent en effet prendre part au vote sans renoncer à leur sûreté. La situation des créanciers munis de privilèges généraux est énigmatique, puisque l'Acte uniforme ne contient aucune disposition fournissant un éclairage sur leur situation. De l'interprétation de l'article134 qui rend le concordat obligatoire à l'égard de tous les créanciers antérieurs sauf ceux munis d'une sûreté réelle spéciale, on peut déduire que les créanciers munis de privilèges généraux sont aussi autorisés à prendre part au vote du concordat sans que cela entraîne la perte de leurs sûretés[153].

---

[147] L'opportunité de cette convocation tient sans doute du souci de rapprocher le débiteur de ses créanciers afin d'obtenir dans des meilleures conditions la sauvegarde de son patrimoine et d'apurer, si possible, le passif privilégié du bloc cédé.

[148] Ceux munis de sûretés réelles spéciales sont avertis personnellement par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite contenant un exemplaire des propositions concordataires. Cette particularité de traitement se justifie à coup sûr par l'importance des créances ainsi que des sûretés grevant les biens du débiteur en difficultés. Lire dans ce sens TCHAMBA BAKAKEU (L. F.), *Les cessions d'actifs de l'entreprise en difficulté*, Mémoire en vue de l'obtention du DEA en droit communautaire et comparé CEMAC, Université de Dschang, 2006, p. 13.

[149] SAWADOGO (F.M.), *OHADA Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., p. 271.

[150] L'assemblée concordataire se réunit dans les lieux, au jour et à l'heure fixés par la juridiction compétente. Le juge-commissaire et le représentant du Ministère Public assistent à l'assemblée et sont entendus. Les créanciers admis s'y présentent en personne ou s'y font représenter par un mandataire muni d'une procuration régulière et spéciale (articles 123, alinéa 2 et 125, alinéa 2 du nouvel AUPCAP). Ils peuvent également voter par correspondance. Le créancier dont seulement la sûreté réelle, quelle qu'elle soit, est contestée est admis dans les délibérations à titre chirographaire. Le débiteur et les dirigeants sociaux doivent s'y présenter en personne : ils ne peuvent s'y faire représenter que pour motifs reconnues légitimes par la juridiction compétente (article 123 in fine). Le souhait est donc que toutes les personnes autorisées à assister ou à prendre part à l'assemblée concordataire le fassent en personne.

[151] DECKON H. (K.) et AGBENETO M. (K.), « Redressement judiciaire et concordat de redressement », *préc.*, p. 1455.

[152] POUGOUE (P. G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, *op. cit*., p. 76.

[153] SAWADOGO (F. M.), *OHADA Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., p. 273.

43. En cas de cession de créance, le cessionnaire exerce les droits du cédant pour le montant cédé, mais celui-ci ne compte que pour une voix. Certains auteurs ont cependant admis que, lorsqu'un créancier a cédé sa créance à plusieurs personnes différentes, celles-ci devraient avoir une voie chacune. D'autres auteurs proposent de distinguer selon que les cessions ont été antérieures ou postérieures au jugement d'ouverture. Si les cessions sont antérieures au jugement, chaque créancier aurait droit à une voix ; si elles lui sont postérieures, l'ensemble des cessionnaires n'aurait qu'une voix. Cette solution a le mérite d'éviter la fraude qui consisterait à diviser les créances pour multiplier le nombre de créanciers et donc de voix. De plus, elle permet de tenir compte de la situation au jour du jugement sans que les évènements ultérieurs puissent la modifier. Elle oblige en revanche les cessionnaires à adopter un parti unique, faute de quoi ils ne pourront voter. Cette solution nous parait plus adaptée dans la mesure où elle participe de la transparence[154]. Il a été également jugé que chaque héritier d'un créancier décédé après l'admission de la créance disposait d'une voix. Dans pareille hypothèse toutefois, la fraude n'est pas à craindre.

44. L'assemblée commence par un rapport fait par le syndic sur l'état du redressement judiciaire, les formalités qui ont été accomplies, les opérations qui ont eu lieu ainsi que sur les résultats obtenus pendant la durée de la continuation de l'activité[155]. À l'appui de ce rapport, est présenté un état de situation établi et arrêté au dernier jour du mois écoulé ; état qui mentionne l'actif disponible ou réalisable, le passif chirographaire et celui garanti par une sûreté réelle spéciale ou un privilège général ainsi que l'avis du syndic sur les propositions concordataires[156]. Le rapport du syndic est remis signé à la juridiction compétente qui le reçoit après avoir entendu le juge-commissaire en ses observations sur les caractères du redressement judiciaire et sur l'admissibilité du concordat. Le représentant du Ministère Public est entendu en ses observations orales ou écrites. Après réception du rapport du syndic, la juridiction compétente fait procéder au vote.

---

[154] Sur la transparence dans les procédures collectives, lire TCHOUAMBIA TOMTOM (L. J. B.), *La transparence dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, Thèse de Doctorat /PhD en droit privé, Université de Dschang, FSJP, juillet 2013.

[155] GOMEZ (J. R.), *OHADA Entreprise en difficulté. Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français, op. cit*., p. 325.

[156] SAWADOGO (F. M.), *OHADA Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., p. 273-274.

45. Le vote du concordat est acquis s'il obtient la double majorité exigée à l'article 125, alinéa 5 du nouvel AUPCAP. Il s'agit de la majorité en nombre de créanciers représentant la moitié, au moins, du total des créanciers et de la majorité en sommes des créances représentant la moitié, au moins, du total des créances [157]. On ne tient donc compte que du nombre de créanciers qui prennent part au vote et du montant de leurs créances. Ce n'est qu'à cette double condition que le concordat comportant une cession partielle d'actifs peut obtenir l'homologation de la juridiction compétente. Le concordat devra donc impérativement requérir cette double condition afin d'être homologué.

Si les deux majorités exigées ne sont pas obtenues, le vote est renvoyé à un délai de huit jours et si après ce délai il n'y a toujours pas double majorité, l'article 126, alinéa 3 du nouvel AUPCAP prévoit que le tribunal doit constater le rejet du concordat. De la sorte, une telle exigence peut, lorsqu'elle n'est pas atteinte, paralyser le redressement de l'entreprise. Il peut donc sembler que le législateur OHADA ait perdu de vue les prémices de son raisonnement économique en n'accordant pas de moyens techniques à l'objet poursuivi et en faisant de l'intérêt des créanciers un objectif qui peut sembler surtout excessif.

Même s'il est voté, le concordat ne peut produire ses effets prévus par l'Acte uniforme que s'il est homologué par le tribunal. Celui-ci devra toutefois s'assurer que ledit concordat remplit les conditions d'homologation.

C. Les conditions d'homologation

46. Pour déployer ses effets, le concordat de redressement doit être homologué, c'est-à-dire approuvé par la juridiction compétente[158]. L'homologation est donc la condition d'efficacité du concordat. Elle est nécessaire, bien que susceptible d'être attaquée par voie d'appel[159]. L'intervention du tribunal[160]à travers l'homologation est

[157] On relève ainsi un allègement de la majorité destiné à favoriser le vote du concordat. En effet, le Code de commerce de 1807 exigeait une majorité en nombre des créanciers représentant au moins les deux tiers (2/3) en sommes. SAWADOGO (F. M.), *OHADA Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, p. 273.

[158]Article 126, alinéa 2 du nouvel AUPCAP. La juridiction compétente dresse le procès-verbal de ce qui a été décidé au cours de l'assemblée concordataire (article 126, alinéa1du nouvel AUPCAP). Elle n'a aucun pouvoir pour modifier le concordat. Cependant, elle peut en refuser l'homologation.

[159] Les délais applicables en matière d'appel et d'opposition figurent aux articles 129 et 219 de l'AUPCAP. Il ya, du reste, risque de conflit entre les deux articles d'où la nécessité de déterminer celui qui parait le plus approprié à la

nécessaire pour préserver les différents intérêts en présence qui ne sont pas toujours concordants et pour contrôler les cas de fraude éventuels.

47. *A priori*, tout concordat voté par les créanciers peut être homologué[161]. Toutefois, selon l'article 127 du nouvel AUPCAP, la juridiction compétente n'accorde l'homologation du concordat que sous certaines conditions[162]. Elle doit en outre vérifier si le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise et de

---

matière. L'article 219, alinéa 1er du nouvel AUPCAP dispose que : « *L'opposition, lorsqu'elle est recevable, est formée contre la décision rendue en matière de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, par déclaration au greffe, dans le délai de quinze jours à compter de la signification de ladite décision* ». Il prévoit en outre que le tribunal statue sur l'opposition dans le délai d'un mois pour les décisions soumises aux formalités d'affichage et d'insertion dans les journaux d'annonces légales ou dans le journal officiel (article 219, alinéa 2 du nouvel AUPCAP). On peut relever que l'article 219 semble avoir une portée plus large que l'article 129 en tant qu'il s'applique aux décisions rendues en matière de redressement judiciaire et de liquidation des biens. À l'opposé, l'article 129 vise expressément la décision d'homologation du concordat de redressement. Cette plus grande précision milite sans doute en sa faveur et impose l'exclusion, en l'espèce, de l'article 219, conformément à l'adage « *speciala generalibus derogant* ». Cette interprétation rejoint celle du Professeur Filiga Michel SAWADOGO lorsqu'il observe que : « *les voies de recours sont limitées ; uniquement l'appel à interjeter dans le délai de quinze jours, seulement par le Ministère Public*». Or, seul l'article 129 prévoit la possibilité d'appel, tandis que l'article 219 prévoit l'opposition à la décision d'homologation du concordat. Sous l'empire de législations antérieures généralement inspirées de la loi française de 1967, une grande place était accordée à l'opposition. À titre d'exemple, l'article 67 du Code sénégalais des obligations civiles et commerciales disposait que « *Tous les créanciers ayant eu droit de recourir au concordat et ne l'ayant pas voté ou dont les droits ont été reconnus depuis, peuvent y former opposition* ». Les rédacteurs de l'Acte uniforme, soucieux de favoriser la formation et l'exécution rapides du concordat, n'ont, semble-t-il, consacré qu'une seule voie de recours : l'appel, prévu expressément par l'article 129. Certes, l'article 219 prévoit l'opposition, mais sa portée est beaucoup plus générale, ce qui conduit à en exclure, en principe, l'application en matière de concordat.

[160] Trois justifications de cette intervention judiciaire sont traditionnellement proposées. En premier lieu, l'intervention du juge est expliquée par la nécessité d'assurer la protection des créanciers minoritaires et absents, qui seront liés par la décision de la majorité. En second lieu, il y a intérêt à éviter que les créanciers majoritaires eux-mêmes ne soient abusés par un débiteur qui leur ferait des propositions alléchantes, mais difficiles à exécuter. En dernier lieu, l'intérêt général commande d'écarter un concordat qui serait accordé à un débiteur indigne, c'est pourquoi l'homologation serait nécessaire même si le concordat avait été voté à l'unanimité. Voir dans ce sens DECKON H. (K.) et AGBENOTO M. (K.), Redressement judiciaire et concordat de redressement, *préc*., p. 1463.

[161] Sur la question, voir Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Audience spéciale de procédure collective de 27 mars 2005 – PENANT n° 870, p. 113, note Bakary DIALLO, Avocat au Barreau de Paris. Ohadata J-10 -106 ; Tribunal de grande instance du Moungo, Jugement n°/CIV du 08 mai 2007, affaire La Sté BERARDI-CAM c/ ALKO SARL, CNPS et autres, note Yvette KALIEU. Ohadata J-07-146 ; Tribunal de grande instance du Moungo, Jugement n°01/CC du 11 avril 2006, La Sté Lachanas Frères Transport c/ Qui de droit. Ohadata J-07-181.

[162] Si les conditions de validité et de vote ont été respectées. Il s'agit des conditions de forme et de fond de validité des conventions et surtout de celles prévues par l'Acte uniforme, notamment de majorité ;si aucun motif tiré de l'ordre public et de l'intérêt collectif ne peut empêcher l'exécution du concordat ; si les offres du créancier sont sérieuses ;si, en cas de redressement d'une personne morale, la direction de celle-ci n'est plus assurée par les dirigeants dont le remplacement a été proposé dans les offres concordataires ou par le syndic, ou contre lesquels ont été prononcées, soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale. L'Acte uniforme n'a pas donné le critère de l'intérêt collectif, ce qui laisse au juge une grande liberté d'appréciation. On peut toutefois penser que ce texte vise vraisemblablement l'intérêt général. Comme l'indiquait justement un auteur, le critère de l'intérêt collectif n'est pas inconcevable ; le tribunal doit prendre en considération, notamment, l'intérêt des créanciers de l'entreprise, l'intérêt des salariés ou des clients de l'entreprise, l'intérêt des autres entreprises dépendant d'elle, l'intérêt de la région où l'entreprise se trouve implantée, etc. [162]. En règle générale, il est de l'intérêt aussi bien du public que des créanciers que le concordat soit homologué et que l'entreprise soit sauvegardée. Cependant, si les remboursements prévus sont dérisoires ou s'il y a eu des complicités entre le débiteur et ses créanciers, le tribunal peut refuser d'homologuer le concordat. NOAMAN GOMA (K. M.), « Le concordat », in Faillites, *op. cit.*, n° 15, p. 321.

règlement du passif car il peut arriver que les créanciers aient voté beaucoup plus par souci de voir continuer l'exploitation que pour favoriser son redressement[163]. La question de la viabilité du concordat au double plan du sauvetage de l'entreprise et de l'apurement de son passif se pose donc ici avec acuité[164]. Nous pensons avec le Professeur Filiga Michel SAWADOGO que la juridiction compétente devrait être très regardante à ce niveau, particulièrement pour ce qui est des chances réelles de sauvetage de l'entreprise afin que le concordat ne soit plus, comme cela a été bien souvent le cas par le passé, un moyen de retarder la liquidation conduisant à un accroissement du passif et réduisant les chances de paiement des créanciers[165].

48. L'article 127, alinéa 2 du nouvel AUPCAP interdit, sous peine de sanctions[166], les avantages stipulés par un créancier à raison de son vote dans les délibérations de la masse, c'est-à-dire le « *trafic de vote* », et les traités particuliers conclus par un créancier et desquels il résulte en sa faveur un avantage[167] à la charge de l'actif du débiteur, à partir du jour de la décision d'ouverture de la procédure collective[168]. Plus généralement, l'interdiction de stipuler des avantages particuliers a pour but de protéger les créanciers contre un accord frauduleux entre le débiteur et un ou plusieurs de ses créanciers. Le législateur OHADA a, à travers cette mesure, voulu protéger les créanciers dissidents et les absents, et même quelques fois les créanciers qui ont accepté le concordat, contre une volition non réfléchie ; raison pour laquelle il prévoit la nullité[169] desdites conventions[170].

49. Outre ces conditions qualifiées d'« *habituelles*», la cession partielle d'actif ne peut être homologuée par la juridiction compétente que si deux conditions supplémentaires sont réunies[171].

D'une part, le prix de la cession doit être suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés, sauf renonciation[172] par eux à cette

---

[163] POUGOUE (P. G.) et KALIEU (Y.) *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, *op. cit*., p.78.
[164] SAWADOGO (F. M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., p.275.
[165] *Idem*.
[166] Ces sanctions sont prévues par les articles 244 et 245 du nouvel AUPCAP.
[167] Ne sont pas considérés comme des avantages particuliers les délais et remises particuliers consentis par les créanciers munis des sûretés réelles spéciales dans les conditions prévues aux articles 120 et 125 du nouvel AUPCAP.
[168] GOMEZ (J. R.), *OHADA Entreprise en difficulté, op. cit*., p. 328.
[169] La nullité de la stipulation d'avantages particuliers n'entraine pas l'annulation du concordat, sous réserve des dispositions de l'article 140, alinéa 1 du nouvel AUPCAP.
[170] Article 127, alinéa 3 du nouvel AUPCAP.
[171] Article 132, alinéa 2 du nouvel AUPCAP.

condition et acceptation des dispositions de l'article 168 du nouvel AUPCAP. Cet article dispose que : « *si le prix de vente d'un bien spécialement affecté à une sûreté est insuffisant à payer la créance en principal et intérêts, le créancier de cette sûreté est traité, pour le reliquat non payé de sa créance, comme un créancier chirographaire* ». Le prix est un élément essentiel de la cession. Il en constitue d'ailleurs l'élément déterminant sur lequel le tribunal va porter son appréciation. Certes, le législateur de l'OHADA offre la possibilité d'homologuer la cession partielle d'actif dont le prix est insuffisant à désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales. Mais, cette possibilité étant soumise à l'acceptation de la qualité de créancier chirographaire par ces derniers, le concordat comportant une cession partielle d'actif sera difficilement homologué tant que le prix restera insuffisant. Ceci semble davantage pertinent au regard du traitement reconnu au créancier chirographaire par les textes.

D'autre part, la cession partielle d'actif est homologuée si le prix est payable au comptant ou si, dans le cas où des délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, ceux-ci n'excèdent pas deux ans et sont garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement de crédit.

Les spécificités du concordat comportant une cession partielle d'actif transparaissent de la volonté du législateur d'en obtenir principalement le meilleur prix, de garantir le paiement du prix dans des délais rapprochés et de protéger les créanciers munis de sûretés spéciales sur les biens cédés. C'est autant d'avantages sur lesquels il conviendrait de s'appesantir.

§2. Les avantages de la cession partielle d'actif

50. L'expression de la volonté de l'auteur d'une offre se croit autonome alors qu'en réalité, elle est tenue par des dispositions légales d'ordre public. C'est que l'objet même de l'offre de cession ne peut pas être indifférent au législateur. D'ailleurs, le droit des procédures collectives comporte des dispositions spécifiques compte tenu de ses finalités

[172] À la lecture de l'article 131, alinéa 3 du nouvel AUPCAP qui prévoit que la cession a pour but d'apurer le passif, on peut penser qu'une offre ne peut être admise que si le prix est suffisant pour désintéresser le passif du débiteur. On ne saurait confiner la cession à une telle exigence, sinon ce serait faire preuve d'irréalisme. Un candidat acceptera difficilement de payer tout le passif d'autrui, surtout le prix d'une entreprise atteinte par la procédure collective. Une solution aussi séduisante qu'est la cession ne saurait être sacrifiée à une condition quelque peu impossible.

que sont le sauvetage de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif[173]. Aussi, la loi est venue encadrer l'offre de cession d'une entreprise en règlement préventif ou en redressement judiciaire afin que soient respectés autant que possible les différents objectifs qu'elle s'est assignés.

Diverses contraintes pèsent à cet égard sur le cessionnaire. Afin que ces contraintes ne paraissent trop dissuasives, le législateur a par ailleurs encouragé la reprise même partielle d'une entreprise en règlement préventif ou en redressement judiciaire. Point n'est besoin de rappeler que bien souvent, la cession partielle de l'entreprise en difficultés à un tiers représentera un moyen de sauvetage de l'entité. Or la cession partielle de l'entreprise à un tiers ne pourrait avoir lieu faute de mesures incitatives. Aussi, par différents avantages conférés à la cession partielle d'actif, le législateur tente d'obtenir la maitrise d'un tel engagement qu'est l'offre de cession, en l'encourageant en amont et en l'encadrant en aval. Parmi ces avantages, les uns profitent à l'entreprise en difficultés, ses salariés et créanciers (A) tandis que les autres sont accordés au cessionnaire (B).

A. Les avantages de la cession pour l'entreprise en difficultés

51. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA contient de nombreuses dispositions destinées à permettre le redressement de l'entreprise en difficultés, notamment par le biais de sa cession partielle. Ainsi, outre l'apurement du passif (1), la cession partielle d'actif permet de procéder à une restructuration de l'entreprise (2).

1. L'apurement du passif de l'entreprise en difficultés

52. Par dérogation aux règles égalitaires retenues pour le paiement des créanciers de l'entreprise en difficultés, l'article 132, alinéa 2 du nouvel AUPCAP prévoit qu'en cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, le créancier titulaire de ce privilège sera payé immédiatement sur le prix. Il en résulte qu'en cas de vente d'un tel bien, la règle de l'égalité cesse de produire effet au profit des créanciers privilégiés. Il conviendrait toutefois de distinguer selon que le prix de cession est suffisant pour désintéresser

[173] BERGER (C.), *L'offre de reprise d'une entreprise en procédure collective*, PUA-M, FDSP, 2001, p. 155.

uniquement les créanciers munis de suretés réelles spéciales ou s'il permet à l'entreprise de régler la quasi-totalité de son passif.

Lorsque le prix de cession est suffisant à désintéresser uniquement les créanciers munis de sûretés réelles spéciales, il nous semble que ces derniers n'auront pas à concourir avec les autres créanciers même privilégiés de l'entreprise. À la lecture de l'article 132, alinéa 2 qui exige, pour l'homologation de la cession partielle d'actif, que le prix de la cession soit suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés, sauf renonciation par eux à cette condition et acceptation de la qualité de créancier chirographaire, tout laisse croire qu'ils sont les seuls concernés par le prix de la cession.

Lorsque le prix de la cession est suffisant à désintéresser non seulement les titulaires de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés, mais aussi les autres créanciers de l'entreprise en difficultés, la répartition se fait conformément aux articles 166 et 167 du nouvel AUPCAP. Or en pareille circonstance, le créancier dont les biens constituant l'assiette de sa sûreté ont été cédés pour les besoins du sauvetage de l'entreprise en difficultés, devrait bénéficier de la priorité de paiement. C'est assurément dans l'optique de favoriser davantage le redressement de l'entreprise qu'une telle mesure a été prise. En effet, le redressement de l'entreprise exige que les efforts soient consentis par toutes les parties prenantes. Les mesures adoptées à cet effet doivent être incitatives afin de motiver les uns et les autres à s'y impliquer.

53. Quoiqu'il en soit, la cession partielle d'actif est d'une énorme contribution dans le redressement de l'entreprise dans la mesure où elle permet à cette dernière d'apurer son passif. Force est cependant de relever que l'apurement du passif de l'entreprise en difficultés peut se faire immédiatement après que la cession partielle ait été homologuée ou alors différé à une date convenue. Le débiteur devra, dans ce cas, obtenir de ses créanciers un moratoire de paiement. De plus, il peut solliciter de ses créanciers des remises de dettes qui auront pour conséquence d'alléger son passif. Outre ces délais de paiement et remises de dettes que les créanciers ont acceptés d'accorder, le tribunal peut, en vue de favoriser la restructuration de l'entreprise, imposer des délais de paiement à

tous les créanciers, y compris ceux qui possèdent un privilège spécial et les créanciers de salaires à condition que ces délais n'excèdent pas deux ans[174].

54. Aux termes de l'article 133, alinéa 1 du nouvel AUPCAP, le prix de la cession partielle d'actif est versé dans l'actif du débiteur. Celui-ci après avoir bénéficié des délais de paiement pourra utiliser à d'autres fins, mais pour les besoins de la procédure, les sommes d'argent destinées au désintéressement des créanciers. Le prix de cession partielle ne sera donc pas reparti aux créanciers, mais employé par le débiteur aux besoins de la continuation de son activité[175]. De plus, à travers les remises de dettes, le prix de la cession lui permettra de renflouer financièrement son actif. De la sorte, La cession partielle d'actif participerait de la restructuration de l'entreprise en difficultés.

2. La restructuration de l'entreprise en difficultés

55. La restructuration de l'entreprise en difficultés ne saurait provenir seulement d'un moratoire prévoyant un paiement échelonné du passif[176]. Il faut également « remodeler» l'entreprise en mettant en exergue les mesures susceptibles d'avoir une incidence sur son activité économique, sur sa structure juridique et sur la situation de son personnel[177]. Le sauvetage suppose une véritable restructuration de l'entreprise. À cet égard, le tribunal est investi du pouvoir de « *repenser l'entreprise* » et de la « *remodeler* » pour atteindre l'objectif légal. Il peut donc imposer différentes mesures de restructuration de l'entreprise défaillante afin que celle-ci puisse faire peau neuve et reparte sur de nouvelles bases[178]. Ces mesures de restructuration prévues par l'Acte Uniforme peuvent être aussi bien des mesures sociales que des mesures juridiques et économiques.

56. Dans la perspective de redressement, les licenciements peuvent avoir lieu en vertu des articles 40 alinéa 2 du Code de travail camerounais, 7 et 27, alinéa 2 du nouvel AUPCAP, à condition toutefois de présenter un caractère urgent, inévitable et

---

[174] Article 134, alinéas 1et 2 du nouvel AUPCAP.
[175]JEANTIN (M.), *Droit commercial, Instrument de paiement et de crédit Entreprises en difficulté*, 4e éd., Dalloz, 1995, p. 465.
[176] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., p. 515.
[177] *Idem*.
[178] BERGER (C.), « L'offre de reprise d'une entreprise en procédure collective », *préc*., p. 172.

indispensable, les conditions étant cumulatives et non alternatives[179]. L'accumulation de ces objectifs est significative : en l'absence de diagnostic sur l'état de l'entreprise et sur ses chances de survie, seuls les emplois, dont le maintien même immédiat mettrait en péril la survie de l'entreprise doivent être supprimés. En pratique, la compression d'effectif est courante et constitue le plus souvent une condition *sine qua non* du redressement de l'entreprise, et partant, de la survie des autres emplois.

57. En cas de cession d'actif, en principe et en application des articles 42 du Code de travail camerounais et 131, alinéa 3 du nouvel AUPCAP, les contrats de travail sont automatiquement transférés au cessionnaire, même s'il en ignorait l'existence. De la sorte, l'entreprise en difficultés cèdera la branche d'activité qu'il jugera non rentable ainsi que les emplois qui y sont attachés. Cependant, lorsque le redressement de l'entreprise nécessite une adaptation du volume et de la structure des effectifs, les salariés[180] visés par le licenciement ne sont pas transférés au cessionnaire. Les salariés licenciés pour motif économique ne font plus partie du personnel de l'entreprise en difficultés. On ne saurait donc imposer au repreneur des charges autres que celles de l'entreprise. Outre ces mesures de restructuration sociale, la cession d'actif de l'entreprise en règlement préventif ou en redressement judiciaire peut être l'occasion de restructurations tant juridiques qu'économiques.

58. S'agissant de la modification de la structure juridique, l'article 127, 3° du nouvel AUPCAP permet au tribunal de subordonner l'homologation du concordat avec cession partielle d'actif au changement[181] d'un ou de plusieurs dirigeants. Le tribunal a aussi le droit d'exiger la cession forcée de leurs parts sociales ou actions si elle est utile au redressement. La cession partielle d'actif a donc une incidence sur la direction de l'entreprise et partant sur l'entreprise elle-même qui se verra par là restructurée.

En revanche, si l'entreprise en difficultés est exploitée sous la forme individuelle, en principe, l'activité est poursuivie par le débiteur. Celui-ci est simplement assisté du

[179] Le syndic doit requérir l'autorisation du juge-commissaire de licencier, après que l'information et la consultation des institutions représentatives et de l'autorité administrative aient été achevées. Il doit joindre, en outre à sa demande les avis recueillis, ainsi que les modalités du plan social qu'il aura élaboré pour ces licenciements. L'autorisation du juge-commissaire sera rendue sous la forme d'une ordonnance susceptible d'un recours devant le tribunal qui a la faculté de réexaminer l'ensemble du dossier.

[180] Le choix des personnes est effectué par le syndic en application du choix énoncé par la convention collective applicable ou, en l'absence de texte conventionnel, des critères institués après consultation du comité d'entreprise.

[181] Le changement de dirigeant a ceci de conséquence qu'il entraine la modification des statuts de la société.

syndic mais le tribunal ne peut ordonner son remplacement. S'il souhaite son éviction, elle n'est réalisable que par la cession totale de son entreprise. Il ne saurait non plus ordonner la transformation de son entreprise individuelle en société ou le contraindre à la donner en location-gérance, sauf si celle-ci est un préalable à la cession.

59. Le tribunal, dans l'exercice de sa magistrature économique, a le pouvoir d'ordonner la restructuration de l'entreprise à céder partiellement afin de faciliter son redressement. Il devra donc prévoir, plus qu'un simple moratoire, de véritables mesures de restructuration. Il peut par exemple ordonner qu'il soit mis fin à des activités peu rentables ou, au contraire exiger une diversification de l'exploitation en s'attachant à développer des marchés plus porteurs. Cet interventionnisme économique ne soulève guère de problèmes juridiques, la difficulté réelle consistant surtout à assurer l'exécution concrète de la décision de justice[182]. Cependant, bien que le législateur laisse de très larges pouvoirs au tribunal pour réimager l'entreprise, il semblerait qu'il existe un fossé entre les possibilités qu'offre la loi et son utilisation quotidienne[183], ce qui pourrait paralyser l'une des finalités des procédures collectives qu'est le sauvetage de l'entreprise. Fort heureusement, la cession partielle d'actif de l'entreprise en difficultés en vue de son redressement est aussi avantageuse pour le cessionnaire, ce qui est intéressant au regard de l'impact de ces avantages sur la reprise partielle voire le sauvetage de l'entreprise.

B. les avantages accordés au repreneur partiel

60. Toute l'économie de l'Acte Uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif favorise la cession partielle d'actif de l'entreprise par les avantages juridiques et économiques qui ont trait à une telle cession (1). Le législateur a eu conscience que la cession partielle de l'entreprise représenterait un moyen intéressant de sauvetage de l'entreprise. Aussi, le législateur a par ailleurs, et particulièrement dans le domaine fiscal et financier, octroyé ça et là, par d'autres dispositions éparses,

[182] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 860, p. 515.
[183] *Ibid*., n° 863, p. 517. Ceci s'explique sans doute par le fait que la plupart des entreprises admises au bénéfice d'un plan de cession sont des petites entreprises pour lesquelles aucune restructuration profonde n'est envisageable. Les perspectives de progression du secteur considéré et la conquête de nouveaux marchés sont souvent nulles. Dans l'immense majorité des cas, la réalité des procédures collectives est sans commune mesure avec l'ambition du législateur.

différents avantages au repreneur partiel d'une entreprise en difficultés (2). Il entend par là inciter[184] les potentiels candidats à la reprise partielle de l'entreprise.

1. Les avantages juridiques et économiques

61. Plusieurs avantages sont accordés au repreneur, fut-il partiel, d'une entreprise en difficultés. Ainsi, outre l'apurement du passif et la cession des contrats liés à l'actif cédé, la loi permet à ce dernier de procéder à la restructuration complète de l'actif acquis.

Pour ce qui est de l'apurement du passif, le repreneur, même partiel, d'une entreprise en redressement judiciaire n'a pas la charge du passif antérieur lié à l'actif cédé. Tous les efforts financiers sont donc concentrés vers l'avenir, notamment sur l'investissement[185]. En effet, le législateur communautaire a choisi d'adopter une solution consistant pour le cessionnaire de reprendre l'entreprise nette de tout passif. Mais ce choix n'est pas imposé comme une évidence. Insistant sur l'idée de continuation de l'exploitation, assurée indifféremment par le débiteur ou par le repreneur, il aurait pu être prévu un plan d'apurement du passif identique dans les deux hypothèses, quitte, en cas de cession, a en faire supporter la charge par le seul débiteur en redressement judiciaire. Mais alors, privé d'une partie de son entreprise, celui-ci n'aurait pas eu les moyens directs de respecter ce plan d'apurement du passif, ce qui aurait risqué de surcroît de lui faire préférer une liquidation judiciaire. Une autre solution consistait à faire supporter le poids du passif impayé lié à l'actif cédé au repreneur. Mais alors, les repreneurs, même partiels, d'une entreprise en difficultés étant déjà difficiles à trouver en pratique, n'allait-on pas les décourager de candidater à une telle reprise ? En cas de cession partielle, le cessionnaire n'a donc qu'un prix à payer, le prix de la cession, sans être garant du passif antérieur lié à l'actif cédé. C'est sur ce prix de cession que seront désintéressés les créanciers[186]. Le cessionnaire partiel n'est pas l'ayant cause à titre universel du débiteur et ne peut à cet effet se voir imposer d'autres charges que les engagements qu'il a souscrits dans son offre. Il s'ensuit qu'en l'absence de dispositions contraires du plan de cession

[184] L'incitation d'un candidat à la reprise même partielle de l'entreprise en difficultés peut se faire soit par l'octroi d'avantages au repreneur, soit par la neutralité des obstacles juridiques qui pourraient se dresser face à l'admission d'une offre de cession. Afin de réaliser l'objectif de sauvetage des entreprises viables, il faut impérativement réduire les différents intérêts particuliers qui peuvent surgir çà et là.
[185] BERGER (C.), « L'offre de reprise d'une entreprise en procédure collective », *préc*., p.170.
[186] Article 132, alinéa 2 du nouvel AUPCAP.

conforme à ses propres engagements, il n'est pas tenu compte du passif partiel de l'entreprise antérieur au plan. S'il peut prendre l'engagement par une clause spéciale de l'acte de cession de payer une dette antérieure du débiteur, il contracte dans ce cas, en tant que tiers, une obligation personnelle envers le créancier.

62. Par ailleurs, outre qu'il ne reprend pas le passif antérieur lié à l'actif cédé, le cessionnaire ne devrait pas être inquiété par une éventuelle responsabilité qui lui incomberait pour des faits commis antérieurement par le débiteur sur le fondement d'une "continuité économique et fonctionnelle" de l'entreprise[187], comme celle que l'on peut relever après une opération de fusion, car il n'y a pas véritablement continuation de l'entreprise en cas de reprise externe[188]. En effet, si c'est bien la même entreprise qui est cédée au repreneur, celle-ci ne pouvant être considérée comme un sujet de droit, seul l'entrepreneur peut voir sa responsabilité retenue, sans que celle-ci ne puisse incomber à l'entreprise qu'il exploite. Ainsi, si la personne de l'entrepreneur vient à changer, suite à la cession de l'entreprise, le nouvel exploitant ne peut être tenu responsable des faits commis par l'ancien exploitant, quand bien même ces faits auraient été commis à l'occasion de l'exploitation de l'actif cédé. Aussi, le repreneur partiel ne devrait pas se voir condamné sur le fondement de la garantie des vices cachés par une personne qui aurait acheté son produit au débiteur en redressement judiciaire antérieurement à la cession, à moins qu'il n'ait pris spécialement dans son offre l'engagement d'assumer l'obligation de garantie envers la clientèle qu'il reprend. Il s'avère d'ailleurs souhaitable que le cessionnaire, reprenant la clientèle de l'entreprise en redressement judiciaire, ait pris dans son offre l'engagement d'assumer à son égard l'obligation de garantie que ne peut assumer l'entreprise défaillante.

Ainsi, si le futur cessionnaire a l'assurance de reprendre une entreprise en difficultés nette de tout passif et exempte de toute responsabilité, il pourra être tenté de formuler une offre d'acquisition. C'est assurément afin de dissuader les éventuels candidats à la reprise d'une entreprise en difficultés que le législateur communautaire a pris de telles mesures.

[187] MELEDO-BRIAND (D.), « Notions comparables et continuation de l'entreprise », *RIDE*, 1995/2, p. 263.
[188] BERGER (C.), « L'offre de reprise d'une entreprise en procédure collective », *préc*., p.171.

63. Relativement à la cession des contrats, conscient de la valeur économique que représente le contrat[189], le législateur a de manière implicite permis la cession forcée des contrats nécessaires à la poursuite de l'activité[190]. Afin de faciliter le redressement de l'entreprise par la voie de sa cession partielle à un tiers, la loi permet ainsi une large cessibilité des contrats au cessionnaire avec éventuellement l'octroi des délais supplémentaires[191]. L'entreprise ne pourra survivre que si certaines relations contractuelles sont maintenues. Celles-ci subsisteront quand bien même les éléments fondamentaux du contrat n'auront pas été déterminés par les parties pourtant tenues à son exécution. Plus que comme un rapport entre deux personnes, le contrat est donc appréhendé comme une valeur économique. Cette cession des contrats au cessionnaire est tout à fait singulière par rapport à une cession d'entreprise classique où les partenaires de l'entreprise ne sont jamais obligés de poursuivre les relations contractuelles avec le cessionnaire de l'entreprise. Ainsi, cette cession de contrat imposée au cocontractant de l'entreprise reprise, par la contribution qu'elle apporte à la pérennité économique de l'entreprise sera elle aussi de nature à inciter un éventuel candidat à déposer une offre d'acquisition. Cette cession forcée des contrats est d'autant plus intéressante pour le candidat à la reprise que le domaine de cette cession est large[192] et que de surcroît le repreneur a la possibilité de bénéficier des délais supplémentaires de paiement.

---

[189] La cession de contrat est généralement admise par la doctrine qui ne la définit cependant que par ses effets. (voir à cet effet, AYNES (L.), *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, Préf. Ph. Malaurie ; MALAURIE (Ph.), « la cession de contrat », Rép. Not. Defrénois, 1976, 31194). Ainsi, selon Monsieur le professeur Malaurie, la cession de contrat « *a pour effet de substituer dans des relations contractuelles le cessionnaire au cédant* ». Si bien que l'on a pu estimer que la cession de contrat ne consistait en fait qu'en une substitution de contractant. (A. Sériaux, Droit des obligations, n°176).

[190] Aux termes de l'article 107 du nouvel AUPCAP « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle ou indivisibilité, aucune résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement ou de la liquidation des biens* ». Si la continuation des contrats en cours est obligatoire à l'égard du débiteur en redressement, il va de soi que le repreneur d'une entreprise en redressement bénéficie des mêmes dispositions.

[191] Il ressort de l'article 132, alinéa 2 du nouvel AUPCAP qu'au cas où les délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, ceux-ci n'excèdent pas deux ans et sont garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire. C'est dire que l'acquéreur qui ne peut payer au comptant a la possibilité de bénéficier des délais supplémentaires de paiement n'excédant pas deux ans, à condition pour lui de fournir la garantie exigée.

[192]Tous les contrats en cours d'exécution sont transmis au cessionnaire y compris ceux conclus en considération de la personne du débiteur autrement qualifiés d'"*intuitu personae*". Contrairement à l'ancien texte qui excluait du champ de la continuation les contrats conclus en considération de la personne du débiteur, le nouvel Acte uniforme rend la continuation automatique même pour les contrats "*intuitu personae*". C'est qu'il ne faut pas bousculer les équilibres contractuels au-delà de ce qui est indispensable. La détermination des contrats dont la cession est envisagée est sans doute opérée par le juge. De la sorte, la volonté des contractants s'efface donc devant la volonté juridictionnelle. Pourtant, lors de la phase de préparation de la cession, l'activité juridique déployée donne "*l'illusion de la nature conventionnelle de la cession des contrats*". En effet, les contrats que le repreneur entend maintenir peuvent éventuellement être mentionnés dans l'offre d'acquisition. Mais la détermination de ces contrats

64. En ce qui concerne la restructuration complète de l'actif acquis, les mesures de restructuration élaborées en vue de permettre le redressement de l'entreprise en difficultés profitent par voie de conséquence au cessionnaire. Ce dernier peut non seulement reprendre l'entreprise déjà restructurée, mais aussi et surtout procéder à une restructuration à la suite de la cession. La loi permet donc au repreneur même partiel d'une entreprise en difficultés de mettre en œuvre des mesures de restructuration aussi bien sociales, économiques que juridiques lorsque les finalités de redressement l'exigent. C'est ainsi qu'il pourra procéder à des licenciements pour motif économique, bénéficier des délais de paiement et des remises des dettes, etc.

65. Afin donc de favoriser le redressement de l'entreprise en difficultés, le législateur communautaire a pris diverses mesures spécifiques qui donnent au tribunal des pouvoirs exorbitants de droit commun. Ces mesures sont de nature à inciter un éventuel candidat à déposer une offre d'acquisition. Celui-ci aura l'assurance non seulement de reprendre l'entreprise nette de tout passif, mais en plus, il la reprendra généralement déjà entièrement restructurée, sans avoir à supporter le coût et les désagréments qui découleraient naturellement d'une telle restructuration sociale, juridique et économique. Surtout, non seulement il se verra transmettre les contrats indispensables à l'entreprise, ce qui lui évitera là encore le coût et la perte de temps qu'engendreraient des négociations en vue de la passation de nouveau contrat ou de la reprise des anciens, mais en plus il pourra se voir octroyer des délais supplémentaires d'exécution.

Outre ces avantages juridiques et économiques, le législateur a également instauré des avantages fiscaux et financiers aux personnes qui accepteraient de reprendre une entreprise faisant l'objet d'une procédure collective.

---

n'est pas incluse dans la liste des éléments que doit obligatoirement contenir l'offre. Il peut cependant être dans l'intérêt de l'offrant de déterminer quels sont les contrats qui lui paraissent nécessaires pour la poursuite de l'activité, ce qui est assez usuel en pratique, même si cette détermination par l'offrant ne lie en aucun cas le tribunal. Quoiqu'il en soit, une fois le contrat cédé, si le cessionnaire est défaillant, le cocontractant pourra exercer contre lui toutes les prérogatives que confère le droit commun. Par ailleurs, le cédé pourra toujours résilier unilatéralement le contrat s'il est à durée indéterminée, sous réserve de ne pas abuser de cette faculté.

2. Les avantages fiscaux et financiers

66. Non seulement le législateur a prévu des aides financières à la reprise d'une entreprise en difficultés, mais il a également accordé des avantages fiscaux dans certaines hypothèses de reprise d'une entreprise en difficultés.

L'action spécifique de l'État en faveur des entreprises en difficultés résulte de l'article 2, 3ème du Règlement n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 Août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres qui énumère les aides pouvant être déclarées compatibles avec le marché commun[193]. Parmi ces aides, figurent celles accordées aux entreprises et destinées à faciliter le développement de certaines activités quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun et les aides aux entreprises destinées à favoriser le développement économique des régions défavorisées ou souffrant d'un retard notoire dans leur développement économique. Le cessionnaire pourra donc bénéficier d'une aide dans l'acquisition même partielle d'une entreprise en difficultés. De plus, le Fonds National de l'Emploi (FNE) permet de conclure des conventions qui permettent l'octroi d'aides et de subventions diverses qui ont pour but, soit de réduire le volume des licenciements, soit de l'étaler dans le temps, soit encore de faire modifier leur composition. Par ailleurs, la prime d'aménagement du territoire est une subvention d'équipement susceptible d'être accordée à des entreprises réalisant dans un certain nombre de régions, des opérations concernant des activités industrielles dès lors que ces opérations garantissent l'emploi permanent, d'un nombre minimum de salariés et que leur financement justifie l'octroi d'avantages publics.

Il conviendrait toutefois de déplorer l'absence des comités nationaux d'assistance des entreprises en difficultés. Ceux-ci auraient pour rôle de susciter des mesures de

[193] L'article 2, 3ème du Règlement n°4 précité donne une liste des aides qui peuvent être déclarées compatibles avec le marché commun. Il s'agit notamment des aides aux entreprises destinées à favoriser le développement économique des régions défavorisées ou souffrant d'un retard notoire dans leur développement économique ; des aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt sous-régional commun, ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ; des aides aux entreprises destinées à faciliter le développement de certaines activités quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ; des aides destinées à promouvoir la culture, la conservation du patrimoine et la protection de l'environnement quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun ; des aides aux Petites et Moyennes Entreprises (PME).

restructuration et de redressement, qui pourront à cette fin assister les entreprises en difficultés en leur apportant un soutien financier[194].

67. Relativement aux avantages fiscaux, un certain nombre de mesures incitatives [195]ont été instaurées au profit des opérations de reprise d'entreprises en difficultés. C'est ainsi qu'un dispositif incitant à la reprise d'entreprises en difficultés a été mis sur pied par la loi des finances 1997/1998[196]. De même, une circulaire du 25 Juillet 1997 a prévu la réduction d'impôts de 50% sur le bénéfice imposable pendant les trois premiers exercices de la période de reprise ou de réhabilitation, ainsi que des cas d'amortissements exceptionnels, après agrément du Directeur des impôts. Ces mesures ne sont toutefois applicables qu'aux entreprises publiques et parapubliques faisant l'objet d'une procédure de privatisation[197]. Elles ne sont pas applicables aux entreprises créées dans le cadre des opérations de concentration telles que les fusions et scissions, ni aux restructurations d'activités préexistantes. Il nous semble en revanche, que peuvent bénéficier de ces avantages, les entreprises privées créées pour la reprise même partielle des affaires en difficultés[198].

Cette évolution du domaine d'application des avantages fiscaux est significative de l'importance dûment accordée à la question de sauvetage des entreprises en difficultés. On peut toutefois déplorer que ces avantages soient consentis sans que des critères précis ou des contrôles sérieux soient établis. Aussi, les risques d'une connaissance incomplète de toutes les causes sont importants, et pourront sérieusement paralyser les chances de réussite de l'opération[199].

---

[194] En France, l'action de l'État en faveur des entreprises en difficultés est généralement menée grâce à l'intervention de trois comités ; au niveau départemental, les comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises (CODEFI), au niveau régional, le comité régional de restructuration industrielle (CRRI) et au niveau national, le comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI). Ces comités ont une mission générale commune définie par le Premier Ministre. L'action de ces comités ne concerne cependant que le secteur industriel.

[195] Ces mesures sont toutefois entravées par nombre de pesanteurs qui annihilent les cessions d'entreprises. En effet, l'application à la lettre de l'article 94 du CGI qui dispose que «*la cession, la cessation ou le décès entraînent exigibilité immédiate des impôts dus » entraine en pratique des conséquences pénalisantes au plan fiscal pour les cessions d'entreprises. Ces conséque*nces sont de nature à décourager les éventuels repreneurs à s'investir dans les reprises d'entreprises pourtant nécessaires à l'adaptation des entreprises dans une économie de plus en plus libérale. Voir à cet effet, WATAT (H. R.), *Le régime fiscal des cessions d'entreprises*, *op. cit*., p.70 et 74.

[196] Cf. articles 139 ter (nouveau) et 14 ter (nouveau) de la loi des finances 1997/1998.

[197] NGUIHE KANTE (P.), *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit camerounais*, thèse précitée, p.104.

[198] *Ibid*.. p.105.

[199] *Ibid*. p.106.

68. Quoiqu'il en soit, en l'absence d'autres structures judiciaires, la saisine du Directeur des impôts est jugée suffisante. Celui-ci doit veiller scrupuleusement à ce que ces avantages fiscaux ne favorisent pas indûment les anciens actionnaires et facilitent véritablement le sauvetage, voire le redressement dans le cadre d'une société nouvelle grâce au changement des dirigeants et même des associés.

Au regard de ce qui précède, force est de constater que la cession partielle d'actif constitue véritablement une technique de financement adaptée aux entreprises en difficultés. Qu'en est-il de la cession globale d'actif ? À partir du moment où l'examen des dispositions du nouvel Acte uniforme révèle que le régime de la cession partielle d'actif prévu par les articles 131 et suivants, s'aligne sur celui de la cession globale d'actif[200], nous pensons qu'elle est autant à même de concourir au sauvetage des entreprises en difficultés. C'est sans doute fort de cela que le législateur OHADA l'a intégrée parmi les mesures de redressement au lieu de la réserver à la seule procédure de liquidation des biens comme c'était le cas avant la reforme.

SECTION 2. L'INTÉGRATION DE LA CESSION GLOBALE D'ACTIF COMME SOLUTION DE REDRESSEMENT

69. Les rédacteurs de l'ancien Acte uniforme, tenant compte de nombreux abus qu'avait engendrés la cession à forfait, ont écarté cette technique. S'inspirant de la loi française du 25 janvier 1985, ils ont institué la cession globale d'actif[201] et substitué une réglementation relativement claire et précise à l'ancienne cession à forfait[202], "dont l'imprécision donnait lieu à un contentieux abondant et qui aboutissait souvent à liquider à vil prix des actifs encore substantiels"[203]. La cession globale d'actif apparaissait essentiellement comme une technique mise à la disposition du syndic en vue de réaliser l'actif de l'entreprise en difficultés.

---

[200] GOMEZ (J.R.), *OHADA Entreprise en difficulté, Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français, op. cit,* p.334.
[201] Article 160, alinéa 1de l'ancien AUPCAP.
[202] GOMEZ (J.R.), *OHADA Entreprise en difficulté, Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français, op. cit,* p.355.
[203] RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, t.2, 17e éd., L.G.D.J, 2004, p.1166.

70. Face aux critiques exacerbées de la doctrine, et confiants de l'aptitude de la cession globale d'actif à sauver une exploitation, les rédacteurs du nouvel Acte uniforme ont vite fait d'intégrer la mesure parmi les techniques de sauvetage des entreprises en difficultés[204]. Dès lors, en quoi consiste-t-elle ?

L'AUPCAP fixe les modalités de la cession globale d'actif mobilier et immobilier sans toutefois définir la notion[205]. Mais en se référant à l'article 131, alinéa 2 du nouvel AUPCAP qui prévoit que la cession totale ou partielle d'actif peut concerner tout ou partie des biens corporels ou incorporels et à l'article 160, alinéa 1 du même texte d'après lequel tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier comprenant éventuellement, des unités d'exploitation, peut faire l'objet d'une cession globale, il ya lieu de dire que la cession est globale lorsqu'elle porte sur l'ensemble ou la quasi-totalité des biens utilisés pour l'activité de l'entreprise. Pour un exploitant individuel, ce sont les biens affectés à son activité professionnelle et dont il est propriétaire : biens corporels (meubles ou immeubles) ou biens incorporels (fonds de commerce, droit de propriété industrielle, droit au bail ou éventuelles créances appartenant au débiteur). Pour une personne morale, il s'agit des biens employés pour mettre en œuvre l'objet social[206].

Ainsi définie, il apparaît que la cession globale d'actif peut constituer une heureuse solution de redressement en permettant le maintien de l'activité, la sauvegarde des emplois et l'apurement du passif (§2). C'est fort de cela que le nouvel AUPCAP permet à tout débiteur d'y recourir afin de sauver son exploitation[207]. Il conviendrait dès lors d'envisager les différentes raisons qui seraient à la base cette innovation (§1).

[204] Articles 131 à 133 du nouvel AUPCAP.
[205] Article 160, alinéa 1 du nouvel AUPCAP.
[206] LE NABASQUE (H ;), « La cession de l'entreprise en redressement judiciaire », *La Semaine Juridique, entreprise et affaires*, n°19, 10 mai 1990, 15770, p.335.
[207] Pour certains auteurs, l'exclusion de la cession globale d'actif en cas de redressement judiciaire s'expliquait peut-être par le souci des rédacteurs de l'ancien Acte uniforme d'éviter que la technique de l'article 160 ne vienne concurrencer celle du concordat avec cession partielle d'actif, ce d'autant plus que le repreneur pourrait être tenté de ne pas souscrire à la cession partielle d'actif pour se porter candidat à une cession globale d'actif. Voir dans ce sens GOMEZ (J.R.), *OHADA Entreprise en difficulté, Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français*, *op. cit*, p.358.

§1. Les raisons de l'intégration de la cession globale d'actif comme mesure de redressement

71. En disposant en son ancien article 131, alinéa 3 que « *la cession d'entreprise ou d'établissement est toute cession des biens susceptibles d'exploitation autonome permettant d'assurer le maintien d'une activité économique, des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* », l'Acte uniforme reconnaissait, à la suite de la loi française du 25 janvier 1985, que la cession globale d'actif pouvait constituer une solution heureuse de la procédure de redressement[208]. De même, l'article 163 de l'ancien texte prévoyait déjà que les effets de la cession globale d'actif sont ceux définis par l'article 133 relatif à la cession partielle d'actif. Plusieurs raisons soustendent donc la prise en compte de la cession globale comme mesure de redressement. Certaines se résument en la quasi-identité de la réglementation (A) tandis que d'autres relèvent des avantages de la mesure par rapport à la cession partielle d'actif (B).

A. La quasi-identité de la réglementation de la cession partielle et la cession globale d'actif

72. L'examen des dispositions de l'ancien Acte uniforme révélait que le régime de la cession globale d'actif s'alignait sur celui de la cession partielle d'actif, prévu par les articles 131 et s. de l'AUPCAP. Il apparaissait nettement que les règles prévues pour la cession partielle d'actif s'appliquent également à la cession globale d'actif et vice versa. À titre d'exemple, l'article 163 AUPCAP prévoit que « *les effets de la cession globale sont ceux définis par l'article 133…* » (Relatif à la cession partielle d'actif). Les effets de la cession globale étaient donc les mêmes que ceux de la cession réalisée dans le cadre du concordat de redressement[209]. De même, l'article 162 de l'ancien AUPCAP qui faisait du

[208] GOMEZ (J.R.), *OHADA Entreprise en difficulté, Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français*, *op. cit*, p.358.

[209] Même en l'état actuel du droit des procédures collectives, leurs effets sont les mêmes car l'article 163, alinéa 1 du nouvel AUPCAP prévoit que les effets de la cession globale sont ceux définis par l'article 133 relatif à la cession partielle d'actif.

juge-commissaire l'ordonnateur de la cession globale d'actif, se rapprochait de l'ancien article 131 relatif à la cession partielle d'actif[210].

73. S'agissant de la liquidation des biens, malgré l'intitulé du paragraphe V de l'ancien texte qui faisait état de la cession globale d'actif, l'article 160 montrait bien que la cession globale et la cession partielle étaient possibles. En effet, selon cette disposition, « *tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier comprenant essentiellement, des unités d'exploitation, peut faire l'objet d'une cession globale* ». La réglementation de cette cession globale dans la liquidation ne différait fondamentalement pas de celle de la cession partielle d'actif. De plus, à l'inverse de l'article 163 de l'ancien AUPCAP qui renvoyait aux règles concernant la cession partielle d'actif, l'article 133, alinéa 4 faisait référence aux articles 166 et 167 relatifs à la cession globale d'actif. C'est en tout état de cause la preuve qu'il existait des règles communes à la cession globale et à la cession partielle. Outre ces raisons fondées sur la quasi-identité de la réglementation, la cession globale d'actif a assurément été intégrée compte tenu de ses multiples avantages par rapport à la cession partielle.

B. Les avantages de la cession globale d'actif dans le redressement d'une entreprise en difficultés

74. Plusieurs avantages de la cession globale d'actif ont assurément été déterminants dans la prise en compte de la mesure comme technique de redressement.

L'aptitude de la cession globale d'actif à dégager un prix satisfaisant constitue un avantage de la mesure au regard de l'insuffisance de la cession partielle d'actif à dégager un tel prix. Avec la cession partielle d'actif, l'entreprise sera dans la plupart des cas dans l'impossibilité de retrouver son équilibre car il sera rare qu'une telle cession dégage un prix suffisant pour éponger le passif de façon significative. Ici, le débiteur ne cède qu'une partie de ses biens. Généralement, les biens cédés sont insignifiants au regard des charges et des difficultés que connaît l'exploitation. Dans la cession globale par contre, c'est

[210] GOMEZ (J. R.), *OHADA Entreprise en difficulté, Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français*, *op. cit.*, p.359.

l'ensemble de l'entreprise qui est cédé. Elle permet à cet effet d'obtenir un prix plus intéressant pour les créanciers que celui qui résulterait d'une cession d'éléments isolés[211].

En outre, la cession globale d'actif peut constituer l'ultime technique mise à la disposition du syndic pour sauvegarder tout ou partie de l'entreprise en redressement judiciaire. Son principal intérêt réside dans la possibilité qu'elle offre de trouver plus facilement un repreneur qu'en cas de cession partielle. À ce stade de la procédure, l'entreprise a encore des chances de survie. Les repreneurs ne seront donc pas réticents à l'acquérir comme c'est le cas dans la liquidation.

L'entreprise en difficultés financières a besoin de nouvelles ressources financières pour retrouver son équilibre. Lorsqu'elle est acquise par un repreneur ou des repreneurs jouissant de tous leurs potentiels financiers, son redressement est imminent même si la situation semblait quelque peu moribonde.

De ce qui précède, l'on serait tenté d'affirmer la primauté de la cession globale d'actif sur la cession partielle d'actif dans le redressement d'une entreprise en difficultés. D'où son intégration comme mesure de redressement.

§2. La réglementation de la cession globale d'actif dans le redressement judiciaire

75. L'article 131, alinéa 1 du nouvel AUPCAP, prévoit que : « *Lorsque le concordat de redressement judiciaire comporte des offres de cession totale ou partielle d'actif, le délai prévu à l'article 122 alinéa 1er ci-dessus pour la convocation de l'assemblée concordataire est porté à un (1) mois* ». L'alinéa 2 du même article dispose que : « *La cession totale ou partielle d'actif peut concerner tout ou partie des biens corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers* ». Il en découle que le concordat avec cession globale d'actif constitue une autre variante du concordat de redressement au même titre que le concordat comportant une cession partielle d'actif et le concordat avec délais et remises.

Le législateur africain a ainsi érigé la cession globale d'actif en une modalité de redressement en vue de sauver une exploitation qui connaît des difficultés. Elle est

[211] GOMEZ (J. R.), *OHADA Entreprise en difficulté, Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français*, *op. cit.*, p.355.

particulièrement recommandée en droit uniforme africain lorsqu'elle est plus avantageuse que la cession partielle d'actif[212]. Il convient d'examiner les conditions (A) avant d'envisager les effets (B).

A. Les conditions de la cession globale d'actif

76. La cession globale d'actif de l'entreprise en difficultés est une solution de redressement judiciaire et de liquidation des biens. En tant que solution de redressement, la mesure doit respecter certaines conditions relatives à l'offre.

Relativement aux offres de cession, toute cession globale envisagée dans le cadre du redressement exige du syndic qu'il établisse un état descriptif des biens meubles ou immeubles dont la cession est envisagée, la liste des emplois qui y sont attachés, les sûretés réelles dont ils sont affectés et la quote-part de chaque bien dans le prix de cession[213]. Il est chargé de faire connaître ces offres de cession par tous moyens, notamment par la voie d'annonces légales, dès le moment où elles sont définitivement arrêtées par lui et le débiteur et approuvées pas une décision du juge-commissaire[214].

77. Quant aux offres d'acquisition, elles sont reçues par le débiteur, assisté du syndic, et portées à la connaissance de l'assemblée concordataire qui décide, aux conditions de majorité de retenir l'offre la plus avantageuse[215]. Elles doivent donc être écrites d'une part, et précise d'autre part. L'offre d'acquisition doit préciser le prix proposé et ses modalités de paiement. Dans la mesure où des délais de paiement sont sollicités, ceux-ci ne doivent excéder deux (2) ans et doivent être garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire[216].

Ces indications devant contenir l'offre d'acquisition permettent sans doute de vérifier si elle assurera le redressement de l'exploitation dans les meilleures conditions possibles.

---

[212] JAMES (J. C.), « Liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives », in POUGOUE (P.G.), (Dir), Encyclopédie du droit OHADA, *op. cit.*, p. 1113.
[213] Article 131, alinéa 4 du nouvel AUPCAP.
[214] Article 131, alinéa 5 du nouvel AUPCAP.
[215] Article 132, alinéa 1 du nouvel AUPCAP.
[216] Article 132, alinéa 2 du nouvel AUPCAP.

78. Contrairement à la cession liquidation pour laquelle l'Acte uniforme a pris la peine de prévoir la liste des personnes ne pouvant pas avoir la qualité de cessionnaire, rien n'est prévu dans ce sens concernant la cession redressement. Nous pensons que la règle de l'article 160, alinéa 2 du nouvel AUPCAP relatif à la cession liquidation devrait s'appliquer à la cession redressement à moins que le souci de redressement n'exige le contraire. Il ressort en effet de cet article que toute personne intéressée peut être cessionnaire à l'exclusion des dirigeants de la personne morale en liquidation des biens, des parents ou alliés de ces dirigeants ou du débiteur personne physique jusqu'au quatrième degré inclusivement. Par une telle mesure, le législateur OHADA entend éviter les collusions frauduleuses qui se produisent souvent à l'occasion des procédures collectives.

79. Il convient de rappeler que les critères du choix de l'offre sont conformes aux objectifs généraux de l'OHADA : l'offre la plus sérieuse ou avantageuse serait donc celle qui paraît de nature à mieux assurer le redressement de l'entreprise[217]. Pour le Professeur Filiga Michel SAWADOGO, c'est le prix le plus élevé qui détermine le sérieux de l'offre. Il estime néanmoins que tout dépend peut-être de l'angle sous lequel le sérieux de l'offre est apprécié : du côté des créanciers, le sérieux de l'offre coïncide probablement avec un prix élevé accompagné de solides garanties de paiement ; pour les salariés, la reprise d'activité et le maintien du maximum d'emplois sont déterminants[218]. Ainsi, dans le droit de l'OHADA, le cessionnaire est choisi sur la base d'un critère qui n'est pas forcément financier. Le critère généralement pris en compte est celui qui permettra à la cession de produire les effets recherchés.

B. Les effets de la cession globale d'actif

80. Que la cession globale soit envisagée dans le cadre d'un redressement ou qu'elle intervienne comme mesure de liquidation, ses effets sont ceux définis par l'article 133 du nouvel AUPCAP. En rappel, cet article prévoit le règlement prioritaire des

[217] GOMEZ (J.R.) *OHADA Entreprise en difficulté, Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français*, *op. cit.*, p. 359.
[218] SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, observations sous article 161 de l'ancien AUPCAP, 4e éd., 2014, p. 1265. Voir également dans ce sens JAMES (J.C.), « Liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives », *préc*., p. 1113.

créanciers dont la sûreté a pour assiette des biens englobés dans la cession d'une part et les garanties de paiement du prix en cas de non-paiement intégral de ce prix d'autre part. C'est dire que la cession globale d'actif produit des effets aussi bien à l'égard du débiteur ou mieux de son exploitation (1) qu'à l'égard du cessionnaire (2).

1. Les effets de la cession à l'égard de l'entreprise en difficultés

81. Il appartient au syndic de passer les actes nécessaires à la réalisation de la vente. Ce dernier est également chargé de procéder aux formalités de radiation des inscriptions des sûretés. En ce qui concerne le juge commissaire, il ordonne la cession globale en affectant une quote-part du prix[219] de cession à chacun des biens cédés pour la répartition du prix et l'exercice des droits de préférence[220]. Il est à souligner que la répartition organisée selon l'article 162 du nouvel AUPCAP[221] n'offre pas de réelles garanties aux créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales grevant les biens compris dans l'ensemble cédé[222] ; car de cette répartition découlent deux conséquences. D'une part, la quote-part affectée à chacun des biens n'équivaut nullement ni à la valeur réelle du bien engagé, ni au montant de créance garantie. Le créancier titulaire de sûreté ne pourra donc pas exercer son droit de préférence sur la valeur réelle du bien grevé qui lui est pourtant affectée en priorité[223], mais sur une partie du prix de vente du bien dont la fixation n'obéit à aucun critère objectif précis[224].

82. D'autre part, le droit de préférence des titulaires de sûretés réelles spéciales qui découle de l'article 133 risque de se révéler illusoire en présence des créanciers venant en rang utile dans la hiérarchie établie par l'Acte uniforme en ses articles 166 et 167[225]. Ces créanciers seront donc appelés à consentir - malgré eux- aux sacrifices qui leur seront imposés : accepter la cession globale d'actif pour un montant nécessairement arbitraire et qui risque d'être faible par rapport à la valeur réelle desdits biens. Ce sacrifice est d'autant plus inéluctable que c'est le "prix à payer" et sans doute l'unique moyen de

[219] Rappelons que le prix de cession est versé dans l'actif du débiteur.
[220] Article 162 du nouvel AUPCAP.
[221] Cet article qui s'applique à la cession liquidation peut également s'appliquer à la cession redressement.
[222] GOMEZ (J.R.), *OHADA Entreprise en difficulté, Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français, op. cit.*, p.360.
[223] L'article 133 du nouvel AUPCAP prévoit le paiement prioritaire des créanciers munis des sûretés réelles spéciales lorsque celles-ci ont pour assiette des biens englobés dans la cession.
[224] JAMES (J. C.), « Liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives », *préc*., p. 1113.
[225] *Idem*.

parvenir au redressement de l'entreprise dans les conditions les meilleures. Il convient au surplus de relever qu'un autre sacrifice imposé à ces créanciers relève de cette quote-part affectée à l'exercice du droit de préférence tel que mentionné ci-dessus[226]. C'est autant de sacrifices que doivent se voir imposer les créanciers munis de sûretés réelles spéciales. Il n'existe donc aucune affectation prioritaire et exclusive de la partie du prix au profit du créancier garantie. Il s'expose de la sorte à recevoir un paiement partiel et insignifiant[227].

Quoiqu'il en soit, la cession globale d'actif poursuit plusieurs objectifs parmi lesquels le sauvetage de l'entreprise. Cet objectif, qui semble primordiale lorsque la mesure intervient dans le cadre du redressement est ce qui fait subir au repreneur certaines conséquences qu'il conviendrait de mentionner.

2. Les effets de la cession redressement sur le repreneur

83. Le repreneur dans la cession redressement court nécessairement un certain risque, du fait au moins que le cédant est soumis à une procédure collective[228]

La cession globale d'actif, modalité de redressement, n'est pas une vente "ordinaire" ou de droit commun, librement contractée par les parties[229]. Elle reste une opération dont le caractère forfaitaire implique l'existence d'un aléa exclusif de l'application des garanties prévues en droit commun de la vente[230]. En conséquence, le cessionnaire ne saurait se prévaloir des dispositions légales relatives à la garantie d'éviction telle que prévue par l'article 260, alinéa 2 de l'AUDCG. Il ne peut donc évoquer les garanties d'éviction et même de vices cachés auxquelles est en principe tenu le vendeur. Le cédant n'est tenu à aucune garantie et le cessionnaire achète l'exploitation à ses risques et périls.

84. La cession globale n'entraîne pas purge automatique des sûretés grevant les biens compris dans l'ensemble cédé. En effet, l'article 133, alinéa 2 du nouvel AUPCAP précise que : « *lorsque l'ensemble cédé comporte des biens grevés d'une sûreté réelle*

---

[226] GOMEZ (J.R.), *OHADA Entreprise en difficulté, Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français*, *op. cit.*, p.360.
[227] JAMES (J. C.), « Liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives », *préc.*, p.1113.
[228] POUGOUE (P.G.), et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, *op. cit.*, p.87.
[229] GOMEZ (J.R.), *OHADA Entreprise en difficulté. Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français*, *op. cit.*, p.360.
[230] *Idem.*

spéciale, la cession n'emporte purge de cette sûreté que si le prix est intégralement payé et le créancier garanti par cette sûreté désintéressé ». En prévoyant les garanties de paiement du prix de la cession globale d'actif, cet article soumet la purge des sûretés à la double exigence du paiement intégral du prix et du désintéressement des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales. En particulier à l'exception des marchandises, le cessionnaire ne peut céder, à peine de nullité, des éléments d'actif qu'il a acquis tant qu'il n'a pas payé l'intégralité du prix[231]. L'inaliénabilité de l'actif cédé doit être publiée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM). En cas de non paiement du prix, l'article 133 *in fine* du nouvel AUPCAP prévoit que le débiteur a le choix entre la résolution de la cession et la mise en œuvre de la garantie bancaire nécessairement souscrite.

85. La cession redressement se démarque de la cession liquidation en ceci qu'elle suppose, en principe[232], la poursuite d'activité. La liquidation implique, ordinairement, la cessation d'activité. C'est pourquoi, la cession globale d'actif envisagée dans ce cadre n'impliquera, en principe : ni cession des créances, ni cession des contrats ; ni même reprise des salariés. Elle pourra, en revanche, porter sur un outil de production quasi nu, presque mort[233]. C'est-à-dire des objets dont le groupement destine à une certaine activité et qui peuvent être utilisés dans un autre contexte ou pour une autre exploitation. Contrairement à la cession liquidation, la cession redressement admet la cession des créances et des contrats. Mais, afin de ne pas paralyser la cession globale d'actif dont l'utilité paraît évidente, le législateur devra de manière explicite limiter le transfert de la charge des sûretés à celles qui avaient été prises pour garantir les crédits ayant permis de financer le bien auquel elles sont attachées tout en permettant au cessionnaire et aux créanciers titulaires de sûretés de déroger à la règle[234]. La transmission de la charge de certaines sûretés ne saurait s'entendre de la transmission des dettes.

---

[231] SAWADOGO (F. M.) *OHADA, Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., p. 305.

[232] En cas de liquidation des biens, l'activité est poursuivie uniquement pour les besoins de la liquidation et si elle ne met pas en péril l'intérêt public ou celui des créanciers.

[233] LE NABASQUE (H.), La cession de l'entreprise en redressement judiciaire, *op cit*., p. 337.

[234] Ceci est d'autant plus pertinent qu'il est à craindre que ce principe de transmission générale ne dissuade certains repreneurs d'acheter l'entreprise d'autant que les créanciers renonçant à ce droit seront vraisemblablement rares. L'on pourrait d'emblée s'apercevoir qu'une telle mesure est discriminatoire. Si tel semble être le cas, ce qui ne saurait être porteur, l'on pourrait dans la répartition du prix de cession, tenir compte d'abord des créanciers titulaires de sûretés spéciales non ciblées par le texte afin de régler les échéances antérieures des créanciers dont les sûretés

86. Le repreneur global d'une entreprise en difficultés soumise à une procédure de redressement judiciaire ne saurait avoir la charge du passif antérieur pour cette simple raison que le prix de cession doit être réparti entre les créanciers selon l'ordre défini aux articles 166 et 167du nouvel AUPCAP. Tous ses efforts doivent donc être concentrés vers l'avenir, notamment sur l'investissement, sur le redressement de l'entreprise[235].

Il est souhaitable que le repreneur global, qui acquiert une entreprise en difficultés dans l'optique de la redresser bénéficie de toutes les mesures de restructuration reconnues au débiteur. Ainsi, il pourra par exemple procéder au licenciement pour motif économique si cela s'avère nécessaire à la poursuite de l'activité et si les conditions d'un tel licenciement sont réunies. Il pourra également recevoir des créanciers dont les sûretés ont été transférées des remises et délais de paiement en vue de mieux assurer le sauvetage de l'exploitation acquise dans sa globalité. De la sorte, la cession globale d'actif permettra de sauver des exploitations au même titre que les autres techniques de sauvetage des entreprises en difficultés.

seront transmises. Ceci est d'autant plus pertinent que ces derniers auront pour nouveau cocontractant le cessionnaire.

[235] Le fait pour le cessionnaire de reprendre l'entreprise nette de tout passif est un atout dans la mesure où il devra uniquement se contenter du redressement de l'entreprise sans apurer le passif.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

87. L'étude de ce chapitre nous a permis de nous rendre compte que la cession d'actif peut efficacement contribuer au renflouement financier des entreprises en difficultés. Elle s'appuie fondamentalement sur l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif qui en constitue le socle. Ce texte qui l'organise retient principalement deux variantes : la cession partielle d'actif et la cession globale d'actif. La première est essentiellement une mesure de redressement tandis que la seconde est à la fois une mesure de redressement et une mesure de liquidation. Longtemps considérée comme une mesure exclusivement réservée à la liquidation des biens, c'est très récemment que la cession globale d'actif a été intégrée comme mesure de redressement compte tenu de son aptitude à concourir au sauvetage des entreprises en difficultés.

88. Toutefois, qu'elle soit totale ou partielle, l'opération reste en pratique suffisamment complexe. La mise en œuvre n'est pas aisée eu égard à la complexité non seulement des procédures collectives qui fait intervenir plusieurs intérêts catégoriels mais aussi des règles juridiques sensées régir les entreprises en difficultés. De plus, l'examen de la spécificité des conditions de mise en œuvre ainsi que les règles applicables à la cession d'actif ont laissé transparaître la particularité des cessions, mais posent également des difficultés pratiques dues à des écueils et des incertitudes juridiques nonobstant la volonté du nouveau droit des entreprises en difficultés à « *stopper l'hémorragie* » de la disparition récurrente des entreprises en difficultés. Il est donc souhaitable de remédier à ces lacunes par l'adoption des règles plus efficientes et capables de mieux atteindre les objectifs assignés à toute cession d'actif. Il y va d'ailleurs de l'intérêt du débiteur qui n'aura à recourir ni à ses membres, ni aux tiers afin de surmonter ses difficultés. Un tel aménagement s'avère davantage intéressant dans l'hypothèse où la cession d'actif reste l'ultime technique de financement propre au débiteur, soit parce qu'il ne remplit pas les conditions de la location-gérance qui est un mode de financement des entreprises en difficultés, soit parce que celle-ci est intervenue en prélude à la cession d'actif.

CHAPITRE 2

LA LOCATION-GÉRANCE : MODE DE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS

89. La location-gérance ou gérance libre[236], est définie par l'article 138, alinéa 3 de l'AUDCG comme une convention par laquelle le propriétaire du fonds de commerce, personne physique ou morale, en concède la location, en qualité de bailleur, à une personne physique ou morale, locataire-gérant, qui l'exploite à ses risques et périls moyennant le versement d'une redevance périodique[237]. C'est donc une espèce de louage d'exploitation[238].

L'opération, en droit commun, est soumise à certaines conditions pour sa réalisation et sa régularité [239]. Tenant compte des spécificités et même des impératifs des procédures collectives, le législateur OHADA a prévu non seulement que les conditions de droit commun ne soient pas applicables[240], mais a aussi et surtout entouré l'opération des

[236] Elle est ainsi qualifiée afin de la distinguer de la gérance salariée. AKUETE (P.S.) et YADO TOE (J.), *OHADA Droit commercial général*, Coll. Droit uniforme africain, Juriscope, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 215 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), *Droit commercial Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 9e éd., Montchrestien, juillet 2008, p. 331.

[237] La location-gérance ne peut porter que sur un fonds de commerce qui relève du patrimoine du débiteur, lié à l'activité professionnelle pour laquelle celui-ci a été soumis à la procédure de règlement préventif ou de redressement judiciaire, à l'exclusion de son patrimoine personnel. Elle porte sur l'universalité c'est-à-dire le fonds de commerce pris comme un tout, et non pas sur les éléments isolés de celui-ci. MBONJI BILLE (G. C.), « Les créances nées de la poursuite de l'activité », in GATSI (J.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, p. 167 ; MODI KOKO (H. B.), « Les contrats sur le fonds de commerce », in Actes du colloque international de Libreville sur les pratiques contractuelles d'affaires et le processus d'harmonisation dans les espaces régionaux, 1ère éd., juin 2012, p. 72.

[238] NGUEBOU TOUKAM (J.), *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, Yaoundé, 1998, p. 54 ; GATSI (J.), *Manuel Droit des affaires, Droit commercial général, Droit des sociétés commerciales*, 1ère éd., PUL, Douala, janvier 2006, p. 83.

[239] Entre autres ces conditions, celui qui met son fonds en location-gérance doit avoir exploité pendant deux ans au moins en qualité de commerçant le fonds mis en location-gérance (article 141, alinéa 1 de l'AUDCG). En outre, la publicité du contrat de location-gérance est requise par l'article 139, alinéa 3 de l'AUDCG, elle doit intervenir dans la quinzaine de sa date, sous forme d'extrait dans un journal d'annonces légales. L'accomplissement de cette formalité n'est pas une condition de validité. Elle assure simplement son opposabilité aux tiers. Sur la question, lire MODI KOKO (H. B.), *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC) Tome 1 Droit commercial général et droit de la concurrence*, Editions Dianoia, 1ère éd., Paris, 2008, p. 115-116.

[240] L'article 115, alinéa 4 du nouvel AUPCAP prévoit que les conditions de durée d'exploitation du fonds de commerce par le débiteur pour conclure un contrat de location-gérance ne reçoivent pas application. L'inapplicabilité des dispositions de droit commun s'explique d'une part par la finalité des procédures collectives qui est d'éviter les spéculations sur le fonds de commerce et, d'autre part, par la volonté du législateur OHADA d'éliminer tous les obstacles au redressement de l'entreprise.

conditions spécifiques. Il a ainsi fait de la location-gérance des entreprises en difficultés une technique exceptionnelle soumise à des conditions particulières[241].

90. Aux termes de l'article 115, alinéa 1 du nouvel AUPCAP, la juridiction compétente (à la demande du représentant du Ministère Public, du syndic ou d'un contrôleur s'il en a été nommé) ne peut autoriser la conclusion d'un contrat de location-gérance [242]que lorsque la disparition ou la cessation d'activité, même provisoire, de l'entreprise est de nature à compromettre son redressement ou à causer un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale dans la production et la distribution des biens et services. Cette condition, qui a pour souci de préserver la stabilité économique et sociale présente toutefois une difficulté. Le législateur OHADA s'est contenté d'envisager la condition sans toutefois apporter des précisions sur la question de savoir quand la disparition d'une entreprise serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale, régionale ou locale. Aucun critère objectif précis ne permet de connaître à partir de quel moment la location -gérance devient importante pour l'entreprise. De plus, cette condition a un caractère élitiste en ce sens que certaines entreprises bénéficient des facilités qui ne sont pas accordées aux autres. On priverait de la sorte certaines entreprises de la faculté de conclure une location-gérance qui aurait pu concourir à leur redressement[243].

Comme autres conditions de la location-gérance, l'alinéa 3 de l'article 115 du nouvel AUPCAP prévoit que la conclusion de l'opération doit être entourée de maximum de garanties[244]. Il en est ainsi d'une part de l'exigence que le locataire-gérant présente une indépendance suffisante à l'égard du débiteur afin d'éviter d'éventuelles fraudes et d'autre part qu'il offre des garanties suffisantes à la préservation de l'entreprise et au paiement de la redevance[245]. Il ressort également de l'article 115, alinéa 5 du nouvel AUPCAP, que la durée du contrat de location-gérance ne peut excéder deux ans, mais elle est renouvelable une seule fois pour la même durée au maximum et la décision

[241] ALILI (S. M.), « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », *préc*., p.2.
[242] La location-gérance est un acte de commerce (par extension) dans la mesure où son objet est un bien commercial. Elle est un acte d'administration (et non de disposition). Ce contrat est, comme la vente un contrat nommé mais consensuel. GUEVEL (D.), *Droit du commerce et des affaires*, L.G.D.J., 2007, p. 200-201.
[243] *Idem*.
[244] Le législateur a voulu éviter que le dirigeant ne puisse, par personne interposée, poursuivre l'exploitation de l'entreprise. NGUIHE KANTE (P.), *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit camerounais*, thèse précitée, p. 137.
[245] SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., p. 191.

statuant sur l'autorisation de la location-gérance fait l'objet des communications et publicités prévues aux articles 36 et 37du nouvel AUPCAP. Ces mesures restrictives visent ainsi la protection des intérêts en présence, ceux du débiteur et particulièrement ceux des créanciers[246].

91. Le législateur OHADA conscient de l'aptitude de la location-gérance à assurer l'exploitation d'une entreprise en difficultés lorsque l'incompétence du débiteur ou des dirigeants sociaux ou la mauvaise gestion sont à l'origine des difficultés, l'a expressément envisagée dans le cadre de la poursuite de l'activité[247]. La location-gérance peut donc constituer une heureuse solution d'attente en vue d'atteindre les objectifs poursuivis par les procédures collectives. C'est un moyen assez efficace de sauvegarde d'une entreprise mal gérée mais encore viable économiquement[248]. De plus, elle peut permettre à un éventuel repreneur de se ménager un délai de réflexion pendant lequel il se familiariserait avec l'entreprise.

Par les engagements[249] contenus dans l'Acte uniforme sur les procédures collectives, le législateur a pris la mesure de l'intérêt de la location-gérance comme procédé de sauvetage de l'entreprise en difficultés. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que la redevance devant périodiquement verser le locataire-gérant[250] est entre autres ce qui pourra permettre à la location-gérance de contribuer au sauvetage de l'entreprise (SECTION 2). C'est sans doute fort de cela que le législateur fait mention des garanties de paiement de la redevance parmi les conditions de la location-gérance (SECTION 1).

---

[246] MBONJI BILLE (G. C.), « Les créances nées de la poursuite de l'activité », préc., p. 167.

[247] La location-gérance fait partie des mesures concordataires énumérées aux articles 7 et 27 du nouvel AUPCAP relatifs au règlement préventif et au redressement judiciaire.

[248] NGUIHE KANTE (P.), *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit camerounais*, thèse précitée, p. 89.

[249] Entre autres, la juridiction compétente refuse son autorisation si elle n'estime pas suffisantes les garanties offertes par le locataire-gérant ou si celui-ci ne présente pas une indépendance suffisante à l'égard du débiteur (article 115, alinéa 3 du nouvel AUPCAP), le syndic veille au respect des engagements pris par le locataire-gérant (article 116, alinéa 1 du nouvel AUPCAP), etc.

[250]Que la location-gérance soit totale ou partielle.

SECTION 1. LA GARANTIE DE LA REDEVANCE : CONDITON ESSENTIELLE DE LA LOCATION-GÉRANCE

92. Il ressort de l'article 115, alinéa 3 du nouvel AUPCAP que la location-gérance ne peut être autorisée si la personne qui entend prendre en bail l'entreprise en difficultés ne garantit pas le paiement de la redevance. Celle-ci n'est rien d'autre que la contrepartie monétaire ou mieux la somme d'argent que le locataire-gérant s'oblige à verser au propriétaire du fonds en contrepartie de l'exploitation qu'il en fait.

L'un des griefs fait aux rédacteurs de l'ancien Acte uniforme portant sur le droit commercial général était qu'ils ont totalement omis de mentionner la redevance[251] que doit verser le locataire-gérant[252], pourtant elle est aussi importante au regard de son impact sur le redressement de l'entreprise. C'est assurément la raison pour laquelle ils n'ont pas hésité à mentionner la redevance dans le nouvel Acte uniforme portant sur le droit commercial général [253] dont l'article 138, alinéa 4 dispose que : « *le locataire-gérant doit payer au bailleur du fonds un loyer correspondant à la redevance due pour la jouissance des locaux, et un loyer pour la jouissance des éléments corporels et incorporels du fonds de commerce tels que décrits dans le contrat de location-gérance…* ». Toujours au regard de l'importance de la redevance, il est fait obligation aux parties de déterminer de façon séparée dans le contrat de location-gérance ces deux éléments du loyer, même si leurs échéances sont fixées aux mêmes dates. Lorsque le bailleur du fonds n'est pas le propriétaire de l'immeuble abritant l'exploitation, le locataire-gérant peut en accord avec ce dernier, être dispensé de lui assurer directement, à chaque échéance, le paiement du loyer dû à la rémunération de la jouissance des locaux[254].

---

[251] La redevance est due pour la jouissance des locaux. Elle est également due pour la jouissance des éléments corporels et incorporels du fonds de commerce (article 138, alinéa 4 de l'AUDCG).

[252] SANTOS (A.P.), « Commentaire et notes sous l'Acte uniforme relatif au droit commercial général », in traité et actes uniformes commentés et annotés, 3e éd., 2008, p.256. L'omission de mentionner la redevance que doit verser le locataire-gérant par le législateur communautaire pourrait conduire à assimiler le contrat de location-gérance au contrat de bienfaisance. Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit. Voir dans ce sens CAYRON (J.), *La location des biens meubles*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p.63.

[253] Adopté le 15 décembre 2010 à Lomé.

[254] Article 138, alinéa 4 *in fine* de l'AUDCG.

Une réforme dans le sens de reconnaître à la redevance sa place dans la location-gérance (§1) de l'entreprise en général et de l'entreprise en difficultés en particulier était nécessaire. La réforme était d'autant plus nécessaire que le législateur OHADA prévoit la résiliation du contrat de location-gérance pour non paiement de la redevance (§2).

§1. La redevance dans la location-gérance

Le rôle de la redevance dans la location-gérance est indéniable. C'est d'ailleurs ce qui confère à l'opération son caractère onéreux. Toutefois, afin de produire les effets escomptés, la redevance doit revêtir un certain nombre de caractère (A) et justifier d'un prix préalablement convenu entre les parties au contrat (B).

A. Les caractères de la redevance

93. Technique contractuelle économiquement performante, la location-gérance à travers la redevance que le locataire-gérant est tenu de payer, peut permettre au débiteur non seulement d'apurer son passif, mais aussi et surtout de sauver son exploitation. Seulement cette redevance doit être réelle, sérieuse (1) et déterminée (2).

1. Les caractères réel et sérieux

94. Afin de permettre au débiteur d'apurer son passif et de sauver son entreprise, le législateur africain exige que la redevance soit non seulement réelle, mais aussi sérieuse[255]. Ce double caractère tient à la nature même de la location-gérance : la location-gérance est un contrat à titre onéreux. Le contrat de location-gérance s'analyse en un contrat de louage de chose[256] moyennant un loyer. L'absence de loyer, donc la gratuité de la mise à disposition de la chose, aurait en principe pour effet de disqualifier le contrat en prêt à usage. Mais alors l'on pourrait considérer qu'il y a cessation

[255] SANTOS (A.P.) et TOE (J.Y.), « Commentaire et notes sous l'Acte uniforme relatif au droit commercial général », *préc*., p.382.
[256] DE JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.), *Traité de droit commercial*, T. 1er, 4e éd., Montchrestien, 1998, p. 880.

d'activité, soit acte anormal de gestion permettant de taxer le prêteur à raison du loyer qu'il aurait dû percevoir[257].

Au regard de cette nature de la location-gérance, l'on comprend aisément pourquoi les auteurs de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA n'ont pas cru devoir le rappeler de façon expresse. De plus, il est difficile d'imaginer que dans la location-gérance d'une entreprise en difficultés, les parties puissent convenir d'un prix fictif et même dérisoire alors que la matière est gouvernée par la recherche du désintéressement des créances et la sauvegarde de l'entreprise[258].

95. La redevance doit véritablement exister. Il demeure que dans la location-gérance, elle ne doit pas être fictive c'est-à-dire n'exister que par convention. La redevance fictive qu'elle soit inférieure ou supérieure à la redevance réelle condamne l'acte. De même, la redevance dérisoire ne saurait constituer une véritable contrepartie de la jouissance de chose. La redevance dérisoire, à partir du moment où elle ne pourra permettre au débiteur d'atteindre son objectif de redressement est assimilée à une absence de redevance[259]. La redevance doit donc non seulement véritablement exister, mais aussi et surtout être à même de concourir au redressement de l'entreprise en difficultés[260]. Elle doit à cet effet être déterminée et non déterminable.

2. Le caractère déterminé

96. La redevance que doit payer le locataire-gérant est un élément indispensable de la location-gérance. Elle constitue d'ailleurs l'obligation essentielle de l'opération. Le contrat de location-gérance ne saurait donc être valablement formé sans que le prix ait été fixé par les parties au contrat. Ceci est d'autant plus pertinent qu'il ressort de l'article 115, alinéa 3 du nouvel AUPCAP que la juridiction compétente n'autorise la location-gérance de l'entreprise en difficultés que si elle estime suffisantes les garanties de

[257]LEVI (A.), SAYAG (A.), GARBIT (P.), AZEMA (J.) et MARTIN (J. F.), *Lamy Droit Commercial*, éd. Lamy, 2000, p.210.
[258] TSAGMO TAMEKO (E.), *La location-gérance de l'entreprise en difficulté en droit des procédures collectives OHADA*, Thèse de Master, Université de Dschang, FSJP, 2008-2009, p.50.
[259] SANTOS (A.P.) et TOE (J.Y.), Commentaire et notes sous l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, *op. cit*., p.382.
[260] La redevance doit être fixée par les parties ou d'accord entre elles, par un tiers convenu. Elle ne doit pas être inférieure à la valeur normale de la jouissance du fonds.

paiement offertes par le locataire-gérant. Pour pouvoir être garantie, la redevance doit être déterminée car on ne saurait garantir ce qui est indéterminée. De plus, afin de permettre l'apurement du passif de l'entreprise en difficultés, il conviendrait pour les parties de fixer le montant de la redevance. La conclusion d'un contrat de location-gérance sans détermination de prix, mettrait en mal le redressement recherché de l'entreprise en cause.

Toutefois, s'il est fait obligation aux parties de déterminer le montant de la redevance, force est de constater que le législateur leur confère une marge de manœuvre en ce qui concerne la fixation et la révision du montant de la redevance.

B. Les modalités de fixation et de révision du montant de la redevance

97. L'Acte uniforme relatif au droit commercial général ainsi que celui relatif aux procédures collectives d'apurement du passif n'énumèrent pas les critères de fixation du loyer de la location-gérance. À cet effet, l'on se référera aux critères prévus pour le bail commercial[261]et la vente commerciale[262]. Toutefois, s'il est vrai que le législateur communautaire ne s'est pas appesanti sur les critères de fixation de loyer de la redevance (1), il reste tout aussi vrai que concernant la révision du montant de la redevance il a pris la peine d'énumérer les critères pouvant être pris en compte par la juridiction compétente, à défaut d'accord écrit entre les parties sur le nouveau montant du loyer (2).

1. La fixation conventionnelle du montant de la redevance

98. Les parties au contrat de location-gérance déterminent en toute liberté le montant de la redevance au moment de la conclusion du contrat (a), sauf lorsque la loi intervient pour limiter cette liberté. Cependant, lorsque les parties n'arrivent pas à s'accorder, elles peuvent recourir à un tiers (b).

[261] SANTOS (A.P.) et TOE (J.Y.), « Commentaire et notes sous l'Acte uniforme relatif au droit commercial général », préc., pp.180 et s.
[262] *Ibid*., pp. 384 et s.

a. La libre négociation du montant de la redevance par les parties

99. La redevance est librement fixée par les parties. Celles-ci peuvent user de plusieurs possibilités. Elles peuvent décider d'un loyer fixe, d'un loyer avec clause d'indexation, ou même de la clause-recette. La redevance peut donc être fixe ou variable et ainsi varier par exemple en fonction du chiffre d'affaire ou des bénéfices réalisés par le locataire-gérant. Dans ce cas, le mode de fixation de la redevance ainsi que le contrôle du chiffre d'affaires ou des bénéfices devront minutieusement être définis. La référence au chiffre d'affaires consiste entre autres à dégager le chiffre d'affaires annuel moyen sur la base de trois dernières années d'exploitation et à lui appliquer un pourcentage qui varie en fonction de la nature du commerce considéré. En ce qui concerne la référence au bénéfice, elle consiste à considérer le bénéfice annuel moyen tel qu'il résulte des bénéfices comptabilisés dans les trois dernières années.

Plusieurs possibilités sont donc offertes aux parties dans la fixation du montant de la redevance. Elles peuvent même recourir à un tiers lorsqu'elles ne parviennent pas à déterminer elles-mêmes le montant de la redevance.

b. Le recours au tiers

100. Parmi les modes de fixation du prix[263] imaginés par la pratique, figure la clause à dire de tiers. Celle-ci est ainsi qualifiée dans la mesure où elle laisse la fixation du prix à l'arbitrage d'un tiers. Il peut s'agir d'un expert désigné par le président du tribunal. Il peut aussi s'agir d'un groupement personnel. Quoiqu'il en soit, le tiers doit être une personne indépendante des parties au contrat afin que le montant de la redevance retenu ne favorise l'un au détriment de l'autre.

[263] La pratique a imaginé plusieurs modes de fixation du prix. Il s'agit notamment de la clause à dire de tiers, de la clause de prix catalogue, de la clause de l'offre concurrente et de la clause de référence à un prix taxé. La clause à dire de tiers est celle qui laisse la fixation du prix à l'arbitrage d'un tiers. La clause de prix catalogue est celle par laquelle le prix sera déterminé par référence au tarif du fournisseur au jour de la conclusion du contrat d'application lorsque l'on se situe dans un contrat- cadre de distribution. La clause de l'offre concurrente permet au locataire-gérant de demander au propriétaire du fonds d'aligner son prix sur celui d'un concurrent. La clause de référence à un prix taxé intervient lorsque les parties conviennent de se référer au prix fixé par l'administration. Voir dans ce sens SANTOS (A.P.) et TOE (J.Y.), « Commentaire et notes sous l'Acte uniforme relatif au droit commercial général », *préc*., pp.385 et s.

Qu'il soit librement fixé par les parties ou qu'il émane d'un tiers, le montant de la redevance peut être révisé[264].

2 . La révision du montant de la redevance

101. Les questions fondamentales qui méritent d'être posées ici sont entre autres celles de savoir si le montant de la redevance peut-être révisé après la signature du contrat de location-gérance. La prise du fonds en location-gérance ayant pour objectif de sauver l'entreprise, l'on se demande qui du débiteur ou du locataire-gérant peut demander la révision du montant de la redevance ? Le premier pour la hausse ou le second pour la baisse ? Le législateur des procédures collectives reste muet sur cette dernière question. Toutefois, à la lecture de l'article 117, alinéa 2 de l'AUDCG, tout laisse croire que le propriétaire du fonds et le locataire-gérant peuvent demander la révision du montant de la redevance. En effet, il ressort de cet article qu'à défaut d'accord écrit entre les parties sur le nouveau montant de la redevance, la juridiction compétente est saisie par la partie diligente. Celle-ci pouvant être le locataire-gérant ou le propriétaire du fonds, il va de soi que l'un ou l'autre soit fondé à demander la révision de la redevance. La recherche du redressement passe à coup sûr par la conciliation des intérêts. On ne saurait donc adopter des mesures rédhibitoires[265]qui auront pour effet d'empêcher le sauvetage de l'entreprise en difficultés plutôt que de la sauver.

102. Ne pas reconnaître au locataire-gérant la possibilité de demander la révision de la redevance peut constituer un obstacle à la formation des contrats de location-gérance, surtout lorsque l'exploitation est en difficultés. Le locataire-gérant doit être suffisamment protégé afin que la location-gérance soit autant prisée. Il faut encourager les potentiels locataires-gérants à traiter avec le débiteur en difficultés afin que la location-gérance soit véritablement une technique de financement de l'entreprise en difficultés. Le législateur des procédures collectives ne saurait être obnubilé par la protection de l'entreprise et des créanciers. Il ne saurait en tout état de cause sacrifier le locataire-gérant qui participe

[264] Ceci est d'autant plus vrai que le propriétaire du fonds est en droit de demander la réévaluation de la redevance dont le montant est particulièrement bas lorsqu'il a pris la peine d'insérer une clause d'indexation dans le contrat de location-gérance renouvelable par tacite reconduction.

[265] Les mesures rédhibitoires consistent ici entre autres à ne pas reconnaître au locataire-gérant la possibilité de demander la révision de la redevance. Une telle mesure aura pour effet de décourager les potentiels locataire-gérants à traiter avec le propriétaire d'un fonds en difficultés.

pour autant à l'opération de sauvetage de l'entreprise. C'est assurément la raison pour laquelle il est resté muet sur la question au lieu de courir le risque de ne pas voir ses objectifs atteints.

Durant l'exploitation du fonds, le locataire-gérant se doit de payer régulièrement la redevance[266]. Celle-ci vient rémunérer le propriétaire du fonds en contrepartie du transfert de la jouissance de son fonds au locataire-gérant. De la sorte, le propriétaire du fonds est en droit de demander la résiliation du contrat lorsque le locataire-gérant n'exécute plus son obligation.

§2. La résiliation du contrat de location-gérance pour non paiement de la redevance

103. Il ressort de l'article 116, alinéa 2 du nouvel AUPCAP qu'à tout moment, la résiliation du contrat de location-gérance peut être décidée par la juridiction compétente[267] lorsque, par son fait, le preneur diminue les garanties qu'il avait données ou compromet la valeur du fonds ou ne respecte pas ses engagements. La garantie du paiement de la redevance étant alors exigée, il va de soi que le non paiement de cette redevance constitue une cause de résiliation susceptible d'être invoquée par le propriétaire du fonds pour se voir restituer ledit fonds par le locataire-gérant. L'inexécution de son obligation par le locataire-gérant aura pour effet de mettre fin au contrat de location-gérance après une mise en demeure restée infructueuse. Toutefois, à part la restitution du fonds à son propriétaire, les conséquences de l'inexécution de l'obligation au paiement de la redevance différent selon que cette inexécution est de mauvaise (A) ou de bonne foi (B).

A. L'inexécution de mauvaise foi

104. Le contrat est un élément de l'équilibre social et une emprise de l'homme sur l'avenir. À cet effet, le respect scrupuleux des engagements souscrits est l'un des

[266] Le défaut de paiement de la redevance peut donner lieu à une éventuelle condamnation au paiement des intérêts moratoires. Les parties peuvent à cet effet, prévoir dans le contrat qu'en cas de non paiement à une ou plusieurs échéances, les sommes produiront de plein droit intérêt au taux légal à compter du jour où elles seront dues, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure. Ces intérêts devant être payés en même temps que le principal.

[267] Soit d'office, soit à la demande du syndic ou du Ministère Public, soit à la demande d'un contrôleur ou sur rapport du juge-commissaire.

impératifs majeurs de la vie juridique. C'est ainsi que le droit positif tente d'assurer une plus grande stabilité du rapport contractuel, la sécurité juridique devenant la première valeur sociale à atteindre. L'inexécution du contrat présente une gravité pour le créancier et également pour les intérêts généraux du commerce juridique. Il paraît donc indispensable de la décourager, et si elle survient, d'appliquer au débiteur défaillant des sanctions rigoureuses (2) lorsque le créancier qui réclame l'exécution de l'obligation parvient non seulement à la prouver, mais aussi à prouver la mauvaise foi[268] de son cocontractant dans l'inexécution de l'obligation (1).

1. L'exigence de la preuve de la mauvaise foi

105. Le locataire-gérant de l'entreprise en difficultés ne peut être sanctionné pour inexécution de son obligation qu'après qu'une preuve ait été rapportée, car la preuve est la condition de l'obtention d'un droit allégué. Dès lors à qui incombe la charge de la preuve (a) et quels sont les modes de preuve devant être fournis (b).

a. La charge de la preuve

106. Résoudre le problème de la charge de la preuve revient à se poser la question de savoir qui doit prouver ? Le fait est d'une importance capitale. Pour traiter cette interrogation, le Code Civil fournit une directive générale : c'est à celui qui réclame quelque chose de faire la preuve qu'il y a droit ou encore c'est à celui qui conteste une situation établie de déterminer qu'elle n'est pas conforme au droit. Ce principe est posé à l'article 1315 du C.civ. qui dispose que « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* »[269].

Il incombe à la partie qui introduit la procédure aux fins de paiement ou de résiliation du contrat pour inexécution des engagements souscrits, d'établir que les conditions stipulées dans l'acte dont elle se prévaut se trouvent réunies quant aux opérations dont elle demande le paiement ou la résiliation. Il revient donc au propriétaire du fonds qui demande la résiliation du contrat de location-gérance d'apporter la preuve

[268] La mauvaise foi est un comportement incorrect qui, à des degrés divers, participe de l'insincérité, de l'infidélité, voire de la déloyauté. Elle conduit toujours à un régime de défaveur qui se marque, selon le cas, par l'aggravation de la responsabilité.
[269] BOCOUILLON (J.-F.) et MARIAGE (M.) *Introduction au droit de l'entreprise, manuels et applications*, 5e éd., DUNOD, 2004, p.42.

de l'inexécution de son obligation par le locataire-gérant. De plus, il devra prouver que c'est de mauvaise foi que son cocontractant n'a pas exécuté le contrat. La mauvaise foi du locataire-gérant dans l'inexécution de son obligation résulte de sa connaissance parfaite que l'inexécution causera un tort au propriétaire du fonds. Elle intervient lorsque le locataire-gérant refuse délibérément d'exécuter les engagements souscrits.

Il est acquis pour la doctrine actuelle que la charge de la preuve de l'inexécution de mauvaise foi pèse sur le propriétaire du fonds qui doit user des moyens de preuve prescrites par les textes pour pouvoir aboutir dans ses prétentions.

b . Les modes de preuve prescrits

107. L'article 1316 du C. civ. énumère les différents moyens de preuve en distinguant l'écrit - gage de sûreté et d'efficacité - des autres moyens de preuve.

La définition de l'écrit de l'article 1316 du C.civ. a un sens très large lorsqu'il parle de la preuve littérale. En effet, « *la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leur modalité de transmission* ». Cette définition adapte par là le droit de la preuve aux technologies de l'information. De la sorte, l'écrit sous forme de papier et l'écrit sous forme électronique sont équivalents. Mais pour être admis, l'écrit sous forme électronique doit respecter certaines conditions : être intelligible ; permettre d'identifier celui dont il émane ; être établi et conservé dans des conditions de nature à garantir son intégrité. Le propriétaire du fonds peut donc se servir du contrat de location-gérance pour prouver l'exécution de mauvaise foi du locataire-gérant.

En ce qui concerne les autres modes de preuve, il conviendrait de s'appesantir sur l'aveu et le serment, la preuve testimoniale[270] et les présomptions de l'homme[271] étant exclues du domaine des actes juridiques.

---

[270] La preuve testimoniale ou témoignage est une déclaration émanant d'un tiers non partie au procès, par laquelle il relate des faits dont il a eu personnellement connaissance. Le témoignage est très subjectif. Il constitue un moyen de preuve des faits juridiques. En matière d'actes juridiques, il se heurte aux prescriptions de l'article 1341 C.civ. Voir dans ce sens BOCQUILLON (J-F.) et MARIAGE (M.), *Introduction au droit de l'entreprise, manuels et applications, op. cit*., p.46.

[271] Les présomptions de l'homme sont définies à l'article 1349 du C.civ. comme « *les conséquences que la loi ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu* ». L'on distingue les présomptions légales des présomptions librement

108. L'aveu est la déclaration par laquelle l'une des parties reconnaît l'exactitude d'un fait qui lui est défavorable et qui est allégué par son adversaire. Longtemps, il a été considéré comme la « *reine des preuves* ». En effet, l'on ne peut mentir quand il accable spontanément. Toutefois, la pratique montre que l'aveu peut être contraire à la réalité. Il peut être judiciaire lorsqu'il est fait devant la justice ou extrajudiciaire lorsqu'il est fait en dehors d'un procès ou hors la présence du juge. Lorsqu'il est écrit, il a la force probante d'un acte sous signature privée. En revanche, s'il est oral, il est limité au cas où la preuve testimoniale est admise, c'est-à-dire aux faits juridiques admettant ce mode de preuve. Le propriétaire du fonds qui se trouve donc dans l'impossibilité d'apporter la preuve par écrit peut se voir rétablir dans ses droits après un aveu du locataire-gérant.

109. Quant au serment, il est la déclaration solennelle faite par un plaideur d'un fait qui lui est favorable. Dans une société où la parole donnée n'a quasiment plus de crédit, le serment apparaît légitimement comme un mode de preuve empreint d'une singulière naïveté[272]. Un tel constat explique qu'il soit tombé en quasi désuétude. Le serment peut être décisoire ou supplétoire. Il est décisoire lorsqu'une partie demande à son adversaire d'affirmer, en prêtant serment à la barre, la véracité du fait qui soutient sa prétention[273]. S'il le fait, il gagne son procès[274]. Il est en revanche supplétoire[275] lorsque demandé par le juge à une partie, il a pour objectif de l'aider à la formation de son intime conviction. Comme l'écrit et l'aveu, le serment peut permettre au propriétaire du fonds sur qui pèse la charge de la preuve de l'inexécution de mauvaise foi d'obtenir gain de cause en ce sens qu'il verra son débiteur sanctionné pour inexécution de son obligation.

---

posées par le juge dites judiciaires. La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits (article 1350 du C.civ.). Les présomptions judiciaires sont celles établies par le juge qui apprécie leur force probante. La liberté du juge n'est cependant pas totale puisque l'article 1353 du C.civ. le soumet à un devoir de prudence. En effet, les présomptions doivent présenter certains caractéristiques, être « graves, précises et concordantes ». La lecture de cet article laisse à penser qu'une présomption de fait isolée n'a aucune force probante. La jurisprudence ne corrobore pas cette analyse qui admet qu'un fait unique peut suffire s'il est déterminant. Par ailleurs, le même article 1353 limite le champ d'application des présomptions de fait aux cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales. Lire dans ce sens BOCQUILLON (J-F.) et MARIAGE (M.), *Introduction au droit de l'entreprise, manuels et applications*, *op. cit.*, p.46.

[272] *Ibid.*, p.47.

[273] DRUFFIN-BRICCA (S.) et HENRY (L.-C.), *Introduction générale au droit*, éd. Gualino, 2003, p. 228.

[274] S'il refuse de prêter serment, cela équivaut à un aveu judiciaire du mal-fondé de son allégation.

[275] Cette forme de serment est réglementée par les articles 1366 à 1369 du C. civ. Il n'est possible que pour compléter une autre preuve. C'est pourquoi, contrairement au serment décisoire, il n'est qu'une preuve imparfaite, ne liant pas le juge qui est libre d'en tirer les conclusions qui lui plaisent. Lire dans ce sens, DRUFFIN-BRICCA (S.) et HENRY (L.-C.), *Introduction générale au droit, op. cit.*, p. 228.

2. Les sanctions de l'inexécution de mauvaise foi

110. L'inexécution de mauvaise foi de l'obligation au paiement de la redevance appelle tout un éventail de sanctions multiples dont la technique et les effets divergent profondément[276]. C'est ainsi qu'à côté de la résiliation du contrat (a), l'on retrouve la condamnation pécuniaire (b).

a. La résiliation du contrat de location-gérance

111. La résiliation est la suppression pour l'avenir d'un contrat à exécution successive, en raison de l'inexécution par l'une des parties de ses obligations. Elle consiste essentiellement à produire les effets limités au futur, sans remettre en cause le passé. Bien que les termes résiliation et résolution soient parfois indifféremment utilisés, il existe une distinction claire entre les deux notions. La résolution entraîne la disparition des effets de contrat. Cette disparition est en général rétroactive tant dans les rapports entre les parties qu'à l'égard des tiers[277]. Ici on applique les mêmes règles qu'en cas de nullité[278] du contrat. Cet anéantissement rétroactif est écarté pour les contrats à exécution successive : la résolution devient donc une résiliation n'ayant d'effet que pour l'avenir.

Tout est parti de la question essentielle de savoir si lorsque l'échéance des prestations a été effectuée régulièrement pendant un certain temps, il est opportun d'anéantir rétroactivement la convention à compter de sa conclusion concernant les contrats à exécution successive. De nombreux auteurs considèrent que dans ce cas, le contrat prend fin pour l'avenir, les effets passés devant demeurer acquis, il ne s'agirait pour eux que d'une simple résiliation. D'autres auteurs[279] admettent en revanche que la rétroactivité puisse encore jouer[280].

---

[276] Aux termes de l'article 1184 du C. civ., « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ». Voir sur la question Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Jugement n° 101/2005 du 02 mars 2005, Michel S. SANOU Syndics liquidateurs de la SOREMI c/ La Société OSCAR Industries LTD International (Headquarier Company). Ohadata j-07-232.

[277] RENAULT-BRAHINSKY (C.), *Droit des obligations*, Memento LMD, 4e éd., Gualino éditeur, 2006, p.135.

[278] La nullité est l'anéantissement rétroactif de l'acte. Tout se passe comme si l'acte n'a jamais existé.

[279]GHESTIN (J.) et BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, les obligations, les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 210.

[280] M. GHESTIN, pour qui la résolution a, en principe, un caractère pleinement rétroactif même dans les contrats à exécution successive, enseigne que la limitation de la rétroactivité de la résolution des contrats à exécution successive peut être justifiée par les pouvoirs importants que se réservent les tribunaux en matière d'application de l'article 1184 C.civ., tout en critiquant les arguments traditionnellement avancés pour justifier le rejet ou la

Le législateur des procédures collectives, entérine la première opinion lorsqu'il prévoit la résiliation[281] du contrat de location-gérance pour inexécution de son obligation par le locataire-gérant[282]. À la différence de l'inexécution de bonne foi, l'inexécution de mauvaise foi a ceci de particulier qu'elle entraîne la condamnation du débiteur au paiement des intérêts moratoires et dommages-intérêts à partir du moment où elle provoque un préjudice au créancier.

b. La condamnation pécuniaire

112. Les sanctions pécuniaires découlant de l'inexécution de mauvaise foi de l'obligation au paiement de la redevance sont de deux ordres : les intérêts moratoires (i) et les dommages-intérêts (ii).

i. Les intérêts moratoires

113. Les intérêts moratoires sont les sommes d'argent destinées à réparer le préjudice subi par le créancier du fait du retard dans l'exécution par le débiteur de son obligation de se libérer de sa dette. Ils viennent donc réparer le retard dans l'exécution d'une obligation au paiement d'une somme d'argent. Le dommage que tend à réparer cette sanction résulte du manque à gagner par le créancier qui n'a pas pu par exemple placer les fonds qu'il devait normalement recevoir de son débiteur[283]. L'article 231 de l'AUDCG qui prévoit le paiement des intérêts moratoires ne déroge pas à ce principe lorsqu'il dispose que « *Tout retard dans le paiement du prix oblige au paiement des*

---

limitation de la rétroactivité en la matière. Lire dans ce sens GHESTIN (J.), « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mélanges* offerts à Pierre RAYNAUD, Paris-Dalloz-Sirey, 1985, pp. 203-226; SOON-KOO MYOUNG, *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit Coréen et Français*, Paris, L.G.D.J, p. 210.

[281] La résiliation est une cause de cessation du contrat. Celle-ci entraîne comme conséquence la restitution du fonds par le locataire-gérant. Cette opération peut poser, selon les circonstances, différents problèmes. Si le gérant a amélioré le fonds, il n'a pas pour autant droit à une indemnité. S'il a créé une activité nouvelle, il n'est pas tenu de restituer la partie du fonds nouvellement créée. On imagine aisément la difficulté de distinguer les améliorations des créations de branche nouvelle d'activité. Le propriétaire reprend le fonds avec les salariés qui y travaillent. Les licenciements consécutifs à la fin de la location-gérance sont donc en principe à la charge du propriétaire du fonds. Ainsi en est-il lorsque le propriétaire du fonds a recouvré la disposition des fonds et que la même entreprise est continuée par une société nouvellement créée. Les licenciements demeurent néanmoins à la charge du gérant si c'est lui qui a cessé l'exploitation, ou si le fonds qu'il restitue au propriétaire n'est plus en état d'être exploité, ce qui arrive assez fréquemment dans le cadre d'entreprise en difficultés. Lire dans ce sens DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.), *Droit commercial, Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, *op. cit*., pp. 339 et s.

[282] Article 116, alinéa 2 du nouvel AUPCAP.

[283] SANTOS (A.P.) et TOE (J-Y.), « Commentaire et notes sous l'Acte uniforme relatif au droit commercial général », *préc*., p.416.

intérêts calculés au taux légal et ce, sans préjudice des dommages-intérêts éventuellement dus pour autre cause ».

Les intérêts moratoires courent à compter de l'envoi de la mise en demeure adressée par le propriétaire du fonds au gérant par lettre recommandée avec accusé de réception ou tout autre moyen équivalent.

114. La condamnation au paiement des intérêts moratoires est applicable sans que le propriétaire du fonds qui a souffert du retard n'ait à faire la preuve du préjudice subi. Au contraire, il peut faire état d'un autre préjudice lié au retard. Il peut par exemple arguer que le retard a pu le priver des fonds provoquant ainsi des perturbations dans le désintéressement de ses créanciers. Mais ici, ce sont les dommages-intérêts qui pourront lui être alloués à côté des intérêts moratoires s'il s'avère que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle sont réunies. Le législateur communautaire admet d'ailleurs le cumul des intérêts moratoires avec les dommages-intérêts.

ii. Les dommages-intérêts

115. Les dommages-intérêts sont des sommes d'argent compensatoires du dommage subi par une personne en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation ou d'un devoir juridique par le cocontractant ou un tiers. Alors que les intérêts moratoires proviennent du retard dans l'exécution, les dommages-intérêts découlent de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de l'obligation. Ils sont donc destinés à réparer le préjudice né de l'inexécution d'une obligation, celle-ci étant entendue au sens large englobant de ce fait tout manquement au contrat émanant de l'une des parties sans considération de la gravité[284]. Les rédacteurs de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général[285] ne dérogent pas à la règle posée par l'article 1149 du C.civ. aux termes duquel «*les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, (…)*». La partie qui entend obtenir des dommages-intérêts devra toutefois établir qu'elle a subi un dommage et que c'est ce dommage qui est à l'origine du manquement allégué.

[284] SANTOS (A.P.) et TOE (J-Y.), « Commentaire et notes sous l'Acte uniforme relatif au droit commercial général », *préc*., p.417.
[285] Les articles 291 et s. de l'AUDCG.

116. Pour établir qu'il a subi un préjudice du fait de l'inexécution de l'obligation par le gérant, le propriétaire de fonds devra tout d'abord apporter la preuve de l'inexécution du contrat. Celle-ci constitue une question de fait. Elle suppose naturellement qu'un contrat existe entre les parties et que le manquement relève de l'inexécution de ce contrat. L'administration de la preuve de l'inexécution du contrat sera plus ou moins aisée selon que le manquement en question constitue une obligation de moyens[286] ou une obligation de résultat[287]. Toutefois, seule la preuve de l'obligation de moyens dont est tenu le locataire-gérant mérite d'être retenue ici.

117. Le dommage réparable dans un contrat de location-gérance relève de la perte subie et le gain manqué par le propriétaire du fonds, créancier de l'obligation. Cette règle traduit l'idée de réparation intégrale[288]qui écarte toute modulation du dommage dans un souci d'équité. Par gain manqué, il faut entendre l'ensemble des avantages pécuniaires que le créancier de l'obligation était en droit d'escompter et qui ne se réaliseront jamais consécutivement au comportement de son débiteur. La perte subie quant à elle recouvre l'ensemble des lésions à caractère économique telles que les dépenses occasionnées pour supprimer ou atténuer les dommages résultant de l'inexécution du contrat. Il peut s'agir par exemple des frais de mise en demeure lorsque la redevance est échue au moment de cette mise en demeure.

118. Au regard de ce qui précède, il nous semble que le préjudice pouvant être invoqué par le propriétaire du fonds est exclusivement matériel ou économique[289]. Le

[286] L'obligation de moyens est l'obligation en vertu de laquelle le débiteur n'est pas tenu d'un résultat précis. Ainsi, le médecin s'engage seulement à tout mettre en œuvre pour obtenir la guérison du malade sans garantir cette dernière. Le créancier de l'obligation de moyens ne peut mettre en jeu la responsabilité de son débiteur que s'il apporte la preuve que ce dernier a commis une faute, qu'il n'a pas utilisé tous les moyens promis.

[287] L'obligation de résultat est l'obligation en vertu de laquelle le débiteur est tenu d'un résultat précis. Ainsi, le transporteur de personnes s'engage envers le voyageur à le déplacer d'un lieu à un autre. L'existence d'une telle obligation permet au créancier de mettre en jeu la responsabilité de son débiteur par la simple constatation que le résultat promis n'a pas été atteint, sans avoir à prouver une faute.

[288] Il existe deux modes de réparation possibles : la réparation en nature par le rétablissement des choses dans leur état antérieur et, la réparation par équivalent ou pécuniaire (dommages-intérêts prenant la forme d'un capital ou d'une rente). Il s'agit d'une réparation intégrale. Le principe de la réparation intégrale voudrait que le montant de la réparation soit indépendant de la gravité de la faute ; il dépend du seul préjudice. En effet, la mise en œuvre de la responsabilité civile a pour objectif la réparation de la victime et non pas la sanction du fautif. Néanmoins, les juges se montrent souvent plus sévères lorsque la faute est grave que lorsqu'elle est légère, spécialement en matière de préjudice moral. Lire à cet effet RENAULT-BRAHINSKY (C.), *Droit des obligations*, *op. cit.*, p.194.

[289] Les types de préjudice réparable sont : le préjudice matériel, le préjudice moral et le préjudice corporel. Le préjudice matériel est toute atteint au patrimoine et qui peut être évaluée en argent. Il peut s'agir d'une perte subie (damnum emergens) lorsque l'inexécution de l'obligation a occasionnée l'appauvrissement du créancier ou d'un gain manqué (lucrum cessans) lorsque le fait générateur a empêché au créancier de réaliser certains projets. Le préjudice moral est celui qui ne porte pas atteinte au patrimoine. Il y a préjudice moral toutes les fois qu'il y a

législateur africain ne fait aucunement allusion au préjudice moral[290]. Quoiqu'il en soit, le propriétaire du fonds qui entend aboutir dans ses prétentions devra non seulement prouver la faute et le préjudice subi, mais devra également établir la causalité[291] entre ces deux éléments constitutifs de la responsabilité contractuelle. Il devra prouver que le préjudice subi émane de l'inexécution de l'obligation par le locataire-gérant. De plus, même si le législateur communautaire n'a pas cru devoir le rappeler dans l'article 232 de l'AUDCG, le préjudice réparable doit être un préjudice prévisible[292]. C'est ce qui découle de manière implicite de l'article 294 de l'AUDCG[293].

Toutefois, s'il est vrai que le locataire-gérant, débiteur de l'obligation peut voir sa responsabilité contractuelle retenue pour inexécution ou mauvaise exécution du contrat, il n'en demeure pas moins qu'il peut exciper de sa bonne foi en invoquant les causes d'exonération telles que la force majeure[294], la faute du créancier[295] ou le fait d'un tiers[296].

---

atteintes à un droit extrapatrimonial. Il peut prendre plusieurs formes : souffrance physique (pretium doloris), souffrance morale (atteinte à l'honneur, à la vie privée, etc.), préjudice d'affection (causé par la perte d'un être cher), préjudice esthétique, préjudice d'agrément (impossibilité pour la victime d'exercer une activité affectionnée). Le préjudice corporel quant à lui est un préjudice à la fois matériel et moral puisqu'il comporte aussi bien l'atteinte au patrimoine, telle que la perte des gains et salaires, que les souffrances physiques ou esthétiques. Il ne constitue donc pas forcément une catégorie à part.

[290] SANTOS (A.P.) et TOE (J-Y.), « Commentaire et notes sous l'Acte uniforme relatif au droit commercial général », *préc.*, p.417.

[291] La causalité est le lien de cause à effet entre le fait générateur de la responsabilité et le dommage subi. Malgré la pluralité de facteurs pouvant intervenir dans la réalisation d'un dommage, la doctrine s'est efforcée de préciser cette notion ; on a parfois soutenu que toute cause est à l'origine de l'intégralité du dommage : c'est la théorie de l'équivalence des conditions. Ici, tout évènement qui constitue la condition sine qua non du dommage peut être considéré comme cause du dommage. Mais on a dit à l'inverse, qu'il fallait rechercher la cause parmi les antécédents nécessaires du dommage : ce sont la théorie de la cause proche et la théorie de la causalité adéquate. D'après la théorie de la cause proche, il fallait rechercher parmi les conditions nécessaires du dommage, celle qui est la plus proche du dommage dans le temps. La théorie de la causalité adéquate pense pour sa part qu'il fallait rechercher la cause adéquate, c'est-à-dire celle qui, normalement, est de nature à provoquer le dommage considéré. La jurisprudence applique généralement cette dernière théorie qui à notre sens participe de l'équité. Lire à cet effet, BENABENT (A.), *Droit civil les obligations*, 9e éd., Montchrestien, 2003, p. 372 et s.

[292] En matière contractuelle, le préjudice est prévisible lorsque le débiteur se représente à l'avance ce qui doit arriver au créancier. C'est tout préjudice organisé, disposé à l'avance.

[293] L'article 294 de l'AUDCG dispose qu' « *une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté, tel que notamment le fait d'un tiers ou un cas de force majeure* ».

[294] Aux termes de l'article 294, alinéa 2 de l'AUDCG « *constitue un cas de force majeure tout empêchement indépendant de la volonté et que l'on ne peut raisonnablement prévoir dans sa survenance ou dans ses conséquences* ». Il s'agit d'un évènement irrésistible et extérieur aux parties rendant de ce fait l'exécution de l'obligation impossible. La force majeure ne fait obstacle à l'exécution de l'obligation qu'autant qu'elle empêche le débiteur de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ; il s'en suit que si l'empêchement est momentané, le débiteur n'est pas libéré et l'exécution de l'obligation est simplement suspendue jusqu'au moment où la force majeure vient à cesser.

[295] La faute du créancier peut exonérer au moins partiellement, le débiteur lorsqu'il parvient à prouver que le créancier a participé à la réalisation du dommage.

[296] Le fait d'un tiers est tout acte émanant d'une personne autre que les cocontractants et présentant un caractère imprévisible et irrésistible.

Ces causes d'exonération auront en tout état de cause pour effet d'écarter les sanctions ci-dessus mentionnées. C'est dire qu'à la différence de l'inexécution de mauvaise foi, l'inexécution de bonne foi n'entraîne pas des sanctions à l'égard du débiteur de l'obligation qui souffrira uniquement de la résiliation du contrat.

B. L'inexécution de bonne foi

119. Le rapport contractuel se dénoue par la prestation du débiteur effectuée au créancier. Mais il peut arriver que le créancier refuse la prestation offerte ou se trouve dans l'impossibilité de l'accepter, bien que le débiteur l'exécute de façon parfaite, conformément aux conditions déterminées par les parties et au principe de bonne foi[297]. Il peut également arriver que le débiteur n'exécute pas son obligation indépendamment de sa volonté tel que mentionné ci-dessus. On dira alors que le débiteur est de bonne foi[298]. Dès lors, ne serait-il pas conforme à l'idée d'équité d'assimiler ce débiteur de bonne foi au débiteur défaillant ? Il nous semble que répondre à cette question par l'affirmative ne serait pas remettre en cause l'essence même de la bonne foi. Afin d'aménager les intérêts des parties contractantes, il serait judicieux de considérer le débiteur de bonne foi comme étant défaillant tout en lui permettant de bénéficier de tous les avantages liés à la bonne foi aussi bien en matière de preuve (1) qu'au niveau des sanctions à l'inexécution d'une obligation (2).

---

[297] Les conventions doivent être exécutées de bonne foi. C'est ce qui découle de l'article 1134, alinéa 3 du C. civ. qui impose aux parties des attitudes et des manières d'être et d'agir bien précises. L'exigence de la bonne foi, c'est clair est une affaire de comportement. Mais il faut retenir qu'en pratique, la bonne foi implique à la fois un comportement loyal et un comportement coopératif. La bonne foi permet, de façon en quelque sorte négative, de sanctionner les déloyautés manifestes. Sous cet aspect, elle pare toute une série de mauvais comportements et notamment ceux qui recoupent, classiquement, les notions de dol, de fraude et surtout d'abus de droit. Mais il arrive aussi que des attitudes soient jugées directement contraires à la bonne foi. Elles tombent alors sous le coup de l'article 1134 C.civ. La bonne foi, lorsqu'elle implique un comportement coopératif apparaît plus formateur des caractères. Sous cet aspect, la bonne foi devient effectivement exigeante. Elle implique, de manière positive, des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun. Lire dans ce sens FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'AIX-MARSEILLE, 1997, p. 298 et s.

[298] La bonne foi est usitée dans deux acceptions. D'une part, la bonne foi est la loyauté dans la conclusion et l'exécution des actes juridiques. D'autre part, elle peut être la croyance erronée et non fautive en l'existence ou l'inexistence d'un fait, d'un droit ou d'une règle juridique. Elle est toujours présumée. Sur la bonne foi en matière contractuelle, lire NGOUMTSA ANOU (G.), « L'obligation de bonne foi dans le droit OHADA : analyse à partir de la vente commerciale », in *ANOUKAHA (A.) et OLINGA (A.-D.) (dir), L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, *op. cit.*, p. 613- 628.

1. La preuve de la bonne foi ?

120. La question fondamentale qui mérite d'être posée est celle de savoir si le débiteur qui excipe de la bonne foi doit la prouver.

Selon l'article 2268 du C.civ., « *la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver* » Il s'agit donc d'une présomption, mais d'une présomption simple susceptible de preuve contraire. Cet article définit le mécanisme de preuve en cas de bonne foi du débiteur tout en exemptant ce dernier de la charge de la preuve. Il prévoit que la bonne foi se présumant, elle n'a pas besoin d'être prouvé par celui qui l'excipe. Il revient donc à celui qui allègue la mauvaise foi de la prouver.

Dans un contrat de location-gérance, le locataire-gérant qui estime n'avoir pas exécuté de bonne foi ledit contrat n'a pas à la prouver. C'est au propriétaire de fonds d'apporter la preuve de la mauvaise foi du gérant s'il entend faire subir à ce dernier les sanctions y afférentes. Au cas contraire, cette bonne foi aura une incidence majeure sur les sanctions pouvant encourir le débiteur.

2. L'incidence de la bonne foi contractuelle

121. La bonne foi contractuelle entraîne la résiliation du contrat (a) sans toutefois faire subir au débiteur les sanctions de l'inexécution de mauvaise foi.

a. La résiliation du contrat

122. La conséquence du non-respect des engagements souscrits par les locataires-gérants est la résiliation du contrat. Toutefois, si l'on se réfère à la bonne foi dont fait montre le débiteur dans l'inexécution du contrat, la résiliation ne devrait découler d'une telle situation, si oui en la faveur du débiteur, surtout lorsque l'inexécution émane du refus de sa prestation par le créancier. Le contrat étant la loi des parties, la résiliation ne saurait même dans un contrat unilatéral profiter à une seule partie.

Dans un contrat de location-gérance, qui est un contrat synallagmatique à obligation réciproque, la résiliation du contrat pour inexécution de bonne foi peut profiter au locataire-gérant qui se trouve dans l'impossibilité de poursuivre l'exploitation pour des raisons indépendantes de sa volonté. De même dans un contrat de prêt d'argent assorti,

d'intérêt, la résiliation peut être salutaire pour le débiteur qui dans l'exécution de sa prestation est buté par le créancier qui, lui oppose son refus. C'est assurément afin d'éviter de tels abus que la loi permet au débiteur de saisir le juge en pareille circonstance. La résiliation du contrat doit donc intervenir même lorsque le débiteur ne l'a pas exécuté de bonne foi. Cependant, il devra de ce fait être exempté des sanctions.

b. L'exclusion des sanctions

123. La responsabilité du débiteur de l'obligation inexécutée n'est pas engagée si l'inexécution résulte d'un empêchement indépendant de sa volonté. Qu'il s'agisse des intérêts moratoires dus au retard dans l'inexécution ou des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi, le débiteur de bonne foi ne saurait se voir appliquer ni l'un, ni l'autre.

L'article 294 de l'AUDCG qui prévoit la force majeure comme exonérant le débiteur de la responsabilité contractuelle, paraît surprenante dans la mesure où elle semble s'écarter quelque peu de la notion de force majeure en droit commun[299]. En affirmant que l'empêchement (dès lors que son indépendance à l'égard du débiteur de l'obligation est proclamée, sans toute autre précision) suffit à exonérer ce dernier de son obligation, le législateur africain a semblé élargir la notion de cause d'exonération en matière contractuelle. À cet égard, la cause de l'inexécution de l'obligation devra provenir d'un évènement extérieur, donc non imputable au débiteur. Cela exclut notamment tous les événements qui peuvent partiellement ou totalement être imputés au débiteur. Cette compréhension de l'article 294 de l'AUDCG se vérifie davantage par le choix du législateur qui, reprenant l'article 79 de la Convention de Vienne, n'a pas cru devoir reproduire tous les éléments caractérisant l'impossibilité d'exécution à savoir l'imprévision et l'irrésistibilité.

124. De même, en mentionnant les causes d'exonération de la responsabilité contractuelle, le législateur de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général ne

[299] SANTOS (A.P.) et TOE (J-Y.), « Commentaire et notes sous l'Acte uniforme relatif au droit commercial général », *préc*., p.418. L'article 1148 du C.civ. définit la force majeure comme des évènements qui rendent l'exécution de l'obligation impossible et partant exonèrent la responsabilité contractuelle du débiteur. En effet, il dispose qu' « *il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit* ».

fait aucunement allusion à la faute du créancier qui constitue en droit commun une cause d'exonération ne serait-ce partielle de la responsabilité. Est-ce à dire que le débiteur ne peut se prévaloir d'une quelconque faute de son créancier pour prétendre à une quelconque exonération ? Nous pensons qu'en l'absence de dispositions afférentes à la faute du créancier dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, le droit commun de la responsabilité devra s'appliquer. De la sorte, le débiteur devra exciper de la faute de son créancier comme cause d'exonération de sa responsabilité au même titre que le fait d'un tiers et la force majeure[300].

La résiliation étant une sanction à l'inexécution du contrat, elle n'est généralement pas souhaitée par les parties. Lorsque l'entreprise connaît des difficultés, le souci du débiteur est de voir son exploitation sauvée. Il aura donc intérêt à ce que son cocontractant exécute normalement le contrat de location-gérance passé. Le contrat de location-gérance est normalement exécuté lorsque le paiement de la redevance convenu est régulier. C'est d'ailleurs cette régularité appelée à disparaître en cas de résiliation qui permettra à la redevance de produire les effets recherchés.

SECTION 2. L'IMPACT DE LA REDEVANCE SUR LE REDRESSEMENT DE L'ENTREPRISE

125. Parmi les modalités de continuation de l'entreprise en règlement préventif ou en redressement judiciaire énumérées par le nouvel AUPCAP en ses articles 7 et 27, figurent la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce et la location-gérance de la totalité de l'entreprise. De même, il envisage la location-gérance dans la section 9 du chapitre IV (Titre III) intitulée : la continuation de l'activité. En évoquant la location-gérance toutes les fois qu'il y a poursuite de l'activité[301], le législateur OHADA voudrait par là reconnaître à ce mode d'exploitation du fonds de

[300] Le fait pour le législateur d'énumérer à l'article 294 de l'AUDCG la force majeure et le fait d'un tiers constitue une indication quant au sens qu'il convient de donner à l'«*empêchement indépendant de la volonté du débiteur* ». En effet, la force majeure en droit commun suppose, outre l'extériorité, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité par ailleurs, le fait d'un tiers n'exonère le débiteur que s'il présente les caractères de la force majeure. Il constitue l'un des aspects de la force majeure.

[301] La poursuite de l'activité est indispensable pour l'aboutissement du redressement dont la finalité est le sauvetage de l'entreprise.

commerce, sa capacité à concourir au redressement de l'entreprise en difficultés. Ceci s'explique davantage au regard du paiement de la redevance devant régulièrement effectuer le locataire-gérant. C'est cette redevance qui permettra sans doute à l'entreprise de surmonter ses difficultés (§1) tout en désintéressant ses créanciers (§2).

§1. La contribution au sauvetage de l'entreprise

126. La redevance convenue par les parties au contrat de location-gérance peut, lorsqu'elle est ponctuelle, contribuer au sauvetage de l'entreprise en difficultés. Ceci s'explique davantage lorsque le débiteur n'a loué qu'une branche de son activité formant un fonds de commerce. Dans ce cas, le syndic pourra user de la redevance découlant de cette location-gérance non seulement pour fournir la prestation promise en vue de la continuation des contrats en cours (A), mais aussi et surtout pour faciliter la gestion de l'entreprise (B).

A. La redevance, moyen de fourniture de la prestation par le syndic

127. Afin de permettre à l'entreprise de surmonter ses difficultés, le législateur des procédures collectives d'apurement du passif OHADA a mis sur pied un certain nombre de règles salvatrices parmi lesquelles la continuation des contrats en cours. Seulement, pour que le contrat en cours soit exécuté, il faut que le syndic l'exige à charge pour lui de fournir la prestation promise. Généralement, l'entreprise en difficultés est dépourvue de toute ressource financière. À cet effet, la redevance peut, à côté des autres techniques de financement, constituer un moyen de fourniture de la prestation promise par le syndic. Celle-ci est dans certains cas considérée comme la condition sine qua none de l'exécution des contrats en cours (1). Sans la fourniture de la prestation promise, le contrat en cours sera difficilement exécuté. Or une telle situation ne saurait être bénéficiaire à l'entreprise au regard du caractère quasi indispensable des contrats en cours(2).

1. La place de la prestation promise dans la continuation des contrats en cours

128. Le chapitre IV du titre III du nouvel AUPCAP comprend une section 8 ayant pour intitulé : "Contrats en cours et licenciements". En effet, l'article 107 de ce texte

dispose que : « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle ou indivisibilité, aucune résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens*». Cet article énonce ainsi le principe de la continuation des contrats en cours[302]. À la lecture de cet article, l'on serait tenté de croire que tout contrat en cours susceptible de continuation s'exécute automatiquement même en l'absence de la prestation du syndic s'agissant d'un contrat synallagmatique ; ce qui est de nature à remettre en cause l'essence même du contrat. Le législateur des procédures collectives ne saurait être obnubilé par le redressement de l'entreprise au point d'évincer la règle qui voudrait que le contrat soit la loi des parties. Il ressort d'ailleurs des articles 108 et 109 du nouvel AUPCAP que la continuation des contrats en cours n'est pas automatique. En effet, le syndic dans l'exécution des contrats en cours conserve seul, la faculté d'exiger l'exécution à charge toutefois pour lui de fournir la prestation promise à l'autre partie[303].

129. Le rôle de la prestation promise dans l'exécution des contrats en cours est indéniable. Si le contrat est synallagmatique et si le syndic n'a pas fourni la prestation promise, l'autre partie peut soulever l'exception d'inexécution[304]. Il est des hypothèses où le cocontractant s'exécute sans avoir reçu la prestation promise, dans ce cas il devient créancier de la masse parce qu'il a traité avec l'entreprise postérieurement à ses difficultés. Mais, de telles hypothèses sont rares. Lorsque le syndic n'a ni usé de la faculté d'option, ni fourni la prestation promise, il peut être mis en demeure par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, d'exercer son option ou de fournir la prestation, dans un délai de trente jours, sous peine de résolution de plein droit du contrat[305]. S'il ne s'exécute pas dans le délai imparti -délai qui coure à compter de la mise en demeure-, son inexécution donne lieu à la résiliation de plein droit[306].

---

[302] Sur la question, lire JOUFFIN (E.), *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, Paris, LGDJ, juin 1998 ; SCHMIDT (D.), « La poursuite des contrats en cours dans le redressement judiciaire », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1991, p. 381-384.

[303] MODI KOKO BEBEY (H. D.), « La force obligatoire du contrat à l'épreuve du droit des procédures collectives de l'OHADA », in *ANOUKAHA (A.) et OLINGA (A.-D.) (dir), L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, *op. cit*., p. 413.

[304]Une telle exception ressort implicitement de l'article 108, alinéa 3 du nouvel AUPCAP.

[305] Article 108, alinéa 2 du nouvel AUPCAP.

[306] Article 109, alinéa 2 du nouvel AUPCAP. L'ancien texte prévoyait dans ce cas outre la résolution du contrat, la condamnation aux dommages-intérêts.

Au regard de ce qui précède, force est de clamer l'importance de la prestation promise par le syndic dans la continuation des contrats en cours. Cette importance se justifie davantage par le caractère indispensable des contrats en cours dans la pérennisation de l'exploitation.

2. Le caractère indispensable des contrats en cours

130. Le redressement de l'entreprise qui est l'une des finalités des procédures collectives implique nécessairement la continuation d'un certain nombre de contrats passés avec le débiteur. Ces contrats indispensables à l'entreprise en difficultés sont qualifiés de « contrats en cours »[307]. En effet, ceux-ci constituent souvent un élément très important de la richesse de l'entreprise. L'idée n'est pas totalement nouvelle. Reprenant l'article 37 de la loi française du 25 janvier 1985, selon lequel « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle ou indivisibilité, aucune résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire* », le nouvel AUPCAP dispose que : « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle ou indivisibilité, aucune résiliation ou résolution du contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens* »[308]. Le texte met ainsi en exergue le caractère indispensable de tels contrats dans le traitement des difficultés des entreprises. C'est fort de ce caractère indispensable que la continuation devient de règle pour tous les contrats exception faite des contrats de travail[309].

L'exclusion de tous les contrats conclus en considération de la personne du débiteur et ceux prévus expressément par la loi de chaque État-partie, du domaine de la continuation par les rédacteurs de l'ancien AUPCAP était certes fondée, mais n'était pas favorable au redressement et à la liquidation des entreprises en difficultés.

---

[307] Est en cours tout contrat dont l'exécution n'est pas terminée au jour du jugement d'ouverture. On doit donc exclure de la notion de contrat en cours tous les contrats qui ont cessé de produire leurs effets avant le jugement de redressement judiciaire qu'il s'agisse des contrats dans lesquels les parties ont inséré une clause résolutoire d'ores et déjà acquise ou des contrats à durée instantanée ayant épuisé leurs effets juridiques. Le contrat en cours est souvent assimilé au contrat à exécution successive. Or un contrat à exécution successive peut avoir fini de procédure ses effets avant le jugement d'ouverture alors qu'un contrat à durée instantanée peut n'avoir pas encore produit ses effets.

[308] Article 107, alinéa 1 du nouvel AUPCAP.

[309] Article 107, alinéa 2 du nouvel AUPCAP.

131. La première restriction qui visait les contrats conclus intuitu personae [310]se fondait d'une part sur certains textes particuliers dont on déduisait un principe général[311], d'autre part sur des solutions réputées certaines[312]. Quant à la seconde restriction, sa signification n'était pas des plus évidentes. L'on pouvait penser qu'outre les contrats unanimement reconnus comme étant conclus intuitu personae, les États membres de l'organisation pouvaient prévoir que certains contrats étaient résiliables en raison de l'ouverture d'une procédure collective. Cette solution nous paraissait critiquable en ce que la liberté ainsi laissée aux législateurs nationaux avait pour conséquence de démarquer les droits résiduels du droit uniforme en ce qui concerne l'exécution des contrats en cours. Le législateur africain devait, sur cette question mettre en exergue la règle qui prévaut au sein de l'OHADA, à savoir l'application aux États membres des textes, dénommés Actes uniformes, à caractère obligatoire. En clair, il était souhaitable que l'ancien Acte uniforme définisse les contrats susceptibles de déroger au principe de la continuation des contrats en cours afin qu'ils ne soient pas tributaires des législations nationales comme semblait l'indiquer une lecture à contrario de l'article 107 de l'ancien AUPCAP.

Cette exclusion de certains contrats du domaine de la continuation fut longuement critiquée en ce qu'en coupant l'entreprise de son environnement, elle compromettait son redressement.

132. La continuation de tous les contrats en cours est nécessaire au sauvetage de l'entreprise en difficultés. C'est sans doute la raison pour laquelle le nouvel AUPCAP abandonne cette exclusion. Ce texte exige donc la continuation des contrats en cours que ceux-ci aient été ou non conclus, en considération de la personne. Ainsi, la poursuite est de règle, même pour les contrats de crédit.

---

[310] Par dérogation à l'article 107 de l'ancien AUPCAP, les contrats intuitu personae étaient résiliables de plein droit en cas d'ouverture d'une procédure collective. Les contrats intuitu personae sont les contrats dans les quelles la considération de la personne a été déterminante lors de la conclusion du contrat. Plusieurs conditions doivent être réunies afin qu'un contrat acquiert ce qualificatif. Il faut d'abord que les obligations qui naissent à la charge du débiteur, soient par leur nature ou en raison de l'intention des parties, telles qu'elles ne puissent être exécutées que par lui. Il faut ensuite que ces obligations intéressent le patrimoine du débiteur. Ces conditions sont généralement réunies dans le contrat de mandat ainsi que dans celui de société de personnes.

[311] L'article 2003 du C.civ. relatif au mandat et l'article 1860 du C.civ. relatif à la société civile.

[312] GOMEZ (J. R.), OHADA, Entreprise en difficulté, *op. cit*., p. 201.

Bien que les contrats en cours soient indispensables à la survie de l'entreprise en difficultés, leur continuation n'est pas automatique car soumise au droit d'option du syndic et surtout à la fourniture de la prestation promise. C'est ainsi que la redevance issue de la location-gérance peut permettre au syndic de fournir à un cocontractant la prestation promise en vue de l'exécution d'un contrat en cours. C'est dire le rôle aussi important de la redevance dans la continuation des contrats en cours voire dans le redressement d'une entreprise en difficultés.

B. La redevance facilitatrice de la gestion de l'entreprise en redressement judiciaire

133. Rappelons pour mémoire que la redevance, contrepartie de la jouissance du bien par le locataire-gérant, doit être régulièrement et ponctuellement payée. À cet effet, le syndic chargé de percevoir le montant de la redevance doit le verser dans l'actif du débiteur pour les besoins de la procédure. Le législateur africain dans l'optique de sécuriser les deniers appartenant au débiteur exige que ceux éventuellement recueillis par le syndic, quelle qu'en soit la provenance, soient versés immédiatement dans un compte spécialement ouvert pour chaque procédure collective auprès d'un établissement bancaire ou postal ou au trésor[313]. C'est assurément compte tenu de la pertinence des deniers en général et de la redevance en particulier dans les opérations de redressement (1) ainsi que dans la préservation des emplois (2), que le législateur a édicté une telle règle.

1. La facilitation des opérations de redressement

134. La place des deniers en général et de la redevance en particulier dans les opérations de redressement reste importante. C'est d'ailleurs fort de cela que le législateur OHADA exige, outre le versement immédiat des deniers recueillis par le syndic, la justification, dans les huit jours des recettes, desdits versements au juge-commissaire. C'est ainsi qu'en cas de retard dans le versement, le syndic doit les intérêts des sommes qu'il n'a pas versées. De même, en prévoyant que le juge-commissaire arbitre les sommes nécessaires aux dépenses et frais de la procédure, le législateur

[313] Article 45 du nouvel AUPCAP.

reconnaît par là le rôle des deniers en tant que facilitateurs des opérations de redressement.

Le bref délai prévu pour le dépôt des fonds, la responsabilité du syndic en cas de retard ainsi que la nécessaire intervention du juge-commissaire pour le retrait des fonds participent du bon déroulement des opérations de redressement du moment où ils réduisent les risques de détournement ou de malversations financières entre autres. Ne perdons toutefois pas de vue que même si elle est nécessaire au redressement de l'entreprise en difficultés, une telle mesure pourrait alourdir et même ralentir la procédure[314].

135. Plusieurs opérations concourent au redressement de l'entreprise, c'est ainsi qu'à côté de l'apposition et de la levée des scellés[315] le cas échéant, se trouvent la vérification des créances, la vente des biens du débiteur sujets à dépérissement ou à dépréciation rapides, pour ne citer que ceux-là. Or la réalisation de ces opérations ne peut en tout état de cause se faire sans deniers. Tel que nous l'avons mentionné ci-dessus, les deniers peuvent provenir de la location-gérance.

En cas de location-gérance partielle, c'est-à-dire d'une branche d'activité formant un fonds de commerce, les loyers sont versés au syndic pour le compte du débiteur. Pour les besoins de la procédure, ces loyers versés par la suite dans un compte ouvert à cet effet, seront débloqués afin de faciliter les opérations de redressement. Aussi qu'elle soit partielle ou totale, la location-gérance à travers la redevance contribue à la préservation des emplois.

2. La préservation des emplois

136. Lorsque l'entreprise connaît des difficultés, l'un des moyens permettant de préserver l'emploi est la location-gérance. Cette préservation des emplois s'opère différemment selon que la location-gérance est partielle ou totale.

La location-gérance est une modalité sinon de continuation de l'entreprise du moins de redressement au même titre que les délais et remises, la cession partielle d'actifs, etc. À cet égard, elle participe du redressement de l'entreprise et partant de la préservation

[314] SAWADOGO (F.M.), « Observation sous article 45 de l'ancien AUPCAP », OHADA, Traité des Actes uniformes commentés et annotés, *op. cit.*, p.860.
[315] Articles 59 et s. du nouvel AUPCAP.

des emplois. Menée à bien, la location-gérance partielle à travers la redevance permet au débiteur de retrouver son équilibre financier. Les emplois seront par conséquent sauvés. Contrairement au redressement judiciaire, la liquidation des biens entraîne comme conséquence la disparition de l'entreprise, qui est une situation malheureuse dans la mesure où le maintien de l'entreprise aurait permis de préserver l'activité et l'emploi. Lorsque c'est une branche d'activité qui est donnée en location-gérance, le syndic qui administre la procédure peut se servir de la redevance émanant de cette location-gérance pour réaliser les opérations de redressement. Si à travers cette redevance, ces opérations de redressement parviennent à être réalisées, cela aura pour conséquence le redressement de l'entreprise et partant la sauvegarde des emplois. C'est l'une des raisons pour lesquelles nous qualifions la redevance de préservatrice des emplois.

137. Une autre raison concerne l'extinction du contrat de location-gérance pour défaut de paiement de la redevance. Lorsque la location-gérance de l'entreprise en difficultés était l'ultime ou la seule solution pouvant permettre à l'entreprise de surmonter ses difficultés, sa résiliation pour non paiement de la redevance ne peut qu'entraîner la liquidation de l'exploitation. Or, une telle situation ne saurait sauvegarder les emplois. Elle doit donc être évitée. Il est d'ailleurs souhaitable que le locataire-gérant verse régulièrement et en temps opportun la redevance. C'est assurément la raison pour laquelle le législateur communautaire exige la prise des garanties à cet effet.

Lorsqu'elle est régulièrement versée, la redevance permet au contrat de location-gérance de subsister. Or en dehors des hypothèses de licenciement pour motif économique, les emplois seront sauvegardés tant que l'entreprise est en activité.

138. S'il est vrai que le principe en matière de location-gérance reste la non obligation pour le gérant d'exécuter les contrats en cours[316], il reste tout aussi vrai que l'exception à ce principe est l'obligation pour le gérant d'exécuter, au mieux de continuer les contrats de travail[317]. Le Professeur Josette NGUEBOU a d'ailleurs confirmé

[316] Les contrats passés par le propriétaire du fonds de commerce avant la mise en location-gérance sont inopposables au gérant. Les parties peuvent toutefois prévoir dans le contrat que le gérant répondra des engagements pris par le bailleur du fonds.

[317] En précisant en son article 107, alinéa 2 que la règle de la continuation des contrats en cours ne s'applique pas aux contrats de travail, le nouvel AUPCAP entend permettre à l'entreprise en difficultés de procéder au licenciement pour motif économique toutes les fois qu'une telle mesure s'avèrerait nécessaire à sa survie. C'est dire que tout licenciement ou résiliation du contrat de travail devrait essentiellement se faire pour un tel motif. Le locataire-gérant

l'obligation qui pèse sur le locataire de ne pas rompre les contrats de travail des employés recrutés par le propriétaire du fonds[318]. Aux termes de l'article 42, alinéa 1(a) du Code de travail camerounais sus-visé, « *s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur notamment par succession, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification substituent entre le nouvel entrepreneur et le personnel de l'entreprise* ». C'est également ce qui ressort de l'article 60, alinéa 1 du Code de travail béninois. Ce texte s'applique en toute évidence en cas de location-gérance. Par conséquent, le locataire-gérant est tenu de continuer les contrats de travail en cours, au jour du transfert de l'exploitation, sans pour autant en modifier les termes, sauf à s'accorder avec les salariés. C'est ainsi que pour les besoins de redressement, et surtout de préservation des emplois, le locataire-gérant peut procéder à la modification des contrats de travail. Cette modification peut consister en la réduction du temps de travail, au recours au travail à temps partiel, en la mise en chômage technique, etc.

Si au regard de ce qui précède, force est de constater que la redevance permet de préserver les emplois, il conviendrait aussi d'affirmer sa contribution à l'apurement du passif de l'entreprise en difficultés.

§2. La contribution à l'apurement du passif

139. L'apurement du passif est une opération essentielle dans toutes les procédures y compris dans le règlement préventif qui s'ouvre avant la cessation des paiements. C'est l'objectif commun assigné à toutes les procédures collectives.

A l'exception des remises pouvant être octroyées par les créanciers, l'apurement du passif n'est possible qu'en présence des deniers à moins que ceux-ci ne fassent de leurs créances des libéralités. Ces deniers seront répartis entre les créanciers[319]. Les deniers étant constitués, en cas de location-gérance, de la redevance, il y a lieu de dire qu'elle

ne pourra donc résilier un contrat de travail en cours d'exécution que si une telle résiliation s'avère nécessaire pour la pérennité de l'exploitation.

[318] NGUEBOU TOUKAM (J.), *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, *op. cit*., p.56.

[319] Article 164, alinéa 1 du nouvel AUPCAP.

contribue à l'apurement du passif de l'entreprise en difficultés[320]. C'est elle qui sera répartie entre les créanciers (A) une fois entrée dans le patrimoine du débiteur. La redevance est un droit du débiteur et partant des créanciers. Ceux-ci ont d'ailleurs la possibilité d'exercer les recours contre les débiteurs de la redevance dans l'optique de leur désintéressement (B).

A. Le désintéressement des créanciers de l'entreprise en location-gérance

140. Les deniers provenant de la location-gérance sont répartis entre les créanciers selon l'ordre établi par les articles 166 et 167 du nouvel AUPACAP. Cette répartition reste toutefois soumise aux conditions de déclaration, de vérification et d'admission de la créance. Seuls seront donc concernés, les créanciers dont la créance a été vérifiée et admise[321](2), ainsi que ceux qui ne sont pas astreints à la production tels que les créanciers d'aliments ou de salaires (1).

1. Le règlement des créances salariales

141. La situation des salariés dans les procédures collectives est marquée par une considération de faveur. En effet, ces derniers ont, de manière essentielle, participé à la production des biens du débiteur. De même, une fraction de la rémunération a un caractère alimentaire et insaisissable de ce fait. C'est fort de cela que les créances salariales viennent en troisième et quatrième rang respectivement dans la répartition des deniers provenant de la réalisation des immeubles et des meubles[322].

En ce qui concerne la répartition de la redevance issue de la location-gérance, la question qui mérite d'être posée est celle de savoir quel rang doit occuper la créance salariale du moment où la location-gérance ne peut être assimilée ni à la réalisation des immeubles, ni à celle des meubles. Nous pensons que les créances salariales doivent occuper le premier rang quand bien même certains créanciers de frais de justice auraient contribué à la conclusion du contrat de location-gérance. Il ressort en effet de l'article 96,

[320] Le passif peut être apuré grâce aux redevances perçues par le loueur. NGUIHE KANTE (P.), *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit camerounais*, Thèse précitée, p. 89.
[321] Une obligation générale de production pèse sur tous les créanciers, hormis les salariés. Article 78, alinéa 1du nouvel AUPCAP.
[322] Articles 166 et 167 du nouvel AUPCAP.

alinéa 1 du nouvel AUPCAP qu'au plus tard, dans les dix jours à compter de la décision d'ouverture de la procédure et sur simple décision du juge-commissaire, le syndic paie toutes les créances super privilégiées des travailleurs sous déduction des acomptes déjà perçus[323]. L'alinéa 2 du même article prévoit qu'au cas où il n'y aurait pas de fonds nécessaires, ces créanciers doivent être acquittés sur les premières rentrées de fonds avant toute autre créance, nonobstant les dispositions des articles 166 et 167 du même texte. Le nouvel Acte uniforme sur les procédures collectives met donc en place un mécanisme destiné à accélérer le paiement des sommes dues aux salariés. C'est assurément en raison du caractère alimentaire du salaire. Par un tel mécanisme, le législateur africain entend affirmer la primauté des créances salariales sur les autres créances de l'entreprise en difficultés[324].

2. Le désintéressement des autres créanciers de l'entreprise

142. Les différentes catégories de créanciers et leurs droits posent un problème complexe en raison de l'opposition d'intérêts entre les créanciers en fonction des sûretés qu'ils possèdent, de la variété des sûretés que l'on rencontre dans les procédures collectives et du nombre souvent important de créanciers pouvant se prévaloir du même genre de sûreté[325]. Fort heureusement, l'Acte uniforme sur les sûretés ainsi que celui sur les procédures collectives ont essayé de clarifier et de simplifier, avec succès dans l'ensemble, la situation des créanciers de l'entreprise en difficultés en particulier. De la combinaison des articles 225 et 226 de l'AUS et des articles 166 et 167 du nouvel AUPCAP, il ressort que les créanciers de l'entreprise en difficultés sont désintéressés

[323] Le salarié a le droit d'être payé sur le montant de la redevance avant tous les autres créanciers de l'entreprise lorsque cette dernière se trouve en mauvaise posture. Le salaire doit être payé même avant la créance du trésor public. POUGOUE (P.-G.), « Observation sous article 70 du Code de travail camerounais », in POUGOUE (P.-G.) (dir.) Code de travail camerounais annoté, Yaoundé, PUA, 1997, pp. 111-112.

[324] Sur les créances salariales dans les procédures collectives, lire KEM CHEKEM (B. M.), *Entreprises en difficulté et droits des salariés dans la zone OHADA : le cas du Cameroun*, Mémoire DEA, Université de Dschang, FSJP, Juil. 2004.

[325] SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, p.250.

dans un ordre[326] bien établi en fonction de la date de naissance de leur créance et de la sûreté constituée[327].

En fonction de la date de naissance de la créance[328], on distingue les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective encore appelés créanciers dans la masse[329] ou la masse de créanciers, des créanciers postérieurs audit jugement. Parmi ceux-ci, on distingue les créanciers de la masse ou contre la masse[330], et les créanciers hors masse[331]selon que leurs droits sont nés de façon régulière ou non.

143. En ce qui concerne le désintéressement des créanciers postérieurs, compte tenu du fait que la location-gérance intervient ici en vue de sauver une exploitation, les règles prévues pour la liquidation des biens ne doivent pas s'appliquer. De la sorte, la priorité de paiement instituée en faveur de ces créanciers leur permet d'être désintéressés au fur et à mesure que leurs créances arrivent à échéance.

Relativement aux créanciers antérieurs de l'entreprise en difficultés, on distingue les créanciers chirographaires[332] des créanciers munis de sûreté. Si les premiers, parce que dépourvus de sûretés, sont désintéressés en dernier, les seconds quant à eux sont désintéressés en fonction de leur sûreté et de leur rang d'inscription.

144. Quoiqu'il en soit, la redevance issue de la location-gérance peut être d'un apport considérable dans le redressement de l'entreprise en difficultés. Si elle permet aux

---

[326]L'ordre de paiement ici ne concerne que les créanciers antérieurs, les créanciers postérieurs devant être remboursés au fur et à mesure que leurs créances arrivent à échéance si l'on excepte l'hypothèse où plusieurs créanciers postérieurs se présentent le même jour.

[327] TCHAKOTEU MESSABEM (L.), *La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif OHADA, par comparaison avec le droit français*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Perpignan via Domitia, 2013, pp. 85 et 86.

[328] Sur la question, cf. TORCK (S.), « La date de naissance des créances en droit civil », *Les Petites Affiches*, n°224, 2004, pp.30 et s. et JOURDAIN (P.), « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *Les petites affiches*, n°224, novembre 2004, pp. 49 et s.

[329] Les créanciers dans la masse ou créanciers formant la masse sont les créanciers dont les droits sont nés avant le jugement d'ouverture de la procédure collective et qui ont produit leurs créances, les quelles ont été admises. Ils sont soumis à la discipline collective telle que la suspension des poursuites individuelles, l'arrêt du cours des intérêts, l'absence partielle de déchéance du terme, l'arrêt des inscriptions des sûretés.

[330] Les créanciers de la masse ou contre la masse sont les créanciers dont les droits sont nés après les jugements d'ouverture en conformité avec le dessaisissement, soit avec le syndic (en cas de liquidation des biens), soit avec le débiteur et le syndic (en cas de redressement judiciaire). Ces créanciers priment en principe tous les créanciers dans la masse. Ils ne sont pas soumis à la discipline collective.

[331] Les créanciers hors masse sont les créanciers dont les droits, l'ont été au mépris du dessaisissement ; l'acte est passé uniquement avec le débiteur alors qu'il aurait fallu le passer soit avec le débiteur assisté du syndic dans (le redressement judiciaire), soit avec le syndic (dans la liquidation des biens).

[332] Les créanciers chirographaires sont les créanciers démunis de toute sûreté particulière. Ils ne bénéficient que du droit de gage général prévu aux articles 2092 et 2093 du C.civ., qui est accordé à tout créancier quel qu'il soit.

créanciers d'obtenir satisfaction à travers leur désintéressement, la même satisfaction peut également provenir des différents recours pouvant être intentés contre les débiteurs de la redevance.

B. Le recours des créanciers contre les débiteurs

145. Afin d'éviter que la location-gérance ne soit l'occasion pour le locataire-gérant ou le débiteur de réduire la valeur du fonds au détriment du paiement des créanciers ou du sauvetage de l'entreprise[333], les rédacteurs de l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif l'ont assorti de plusieurs formalités sécuritaires. C'est ainsi qu'il ressort de l'article 115, alinéa 3 du nouvel AUPCAP que la juridiction compétente doit refuser son autorisation si elle n'estime pas suffisantes les garanties offertes par le locataire-gérant ou si ce dernier ne présente pas une indépendance suffisante à l'égard du débiteur. De la sorte, le législateur africain a voulu sans doute permettre au créancier de se prévaloir de ces garanties en cas de défaillance du locataire-gérant. Ils pourront non seulement exercer une action en responsabilité contre le gérant (2), mais aussi et surtout poursuivre la caution lorsque c'est cette garantie qui a été offerte[334] pour la conclusion du contrat de location-gérance (1).

1. Le recours contre la caution

146. L'exigence de la garantie dans la formation du contrat de location-gérance constitue une disposition sécuritaire pour le débiteur propriétaire du fonds mis en locataire-gérance et ses créanciers en ce sens qu'ils peuvent en cas de défaillance poursuivre la caution en paiement de la redevance (a). La loi leur permet également de poursuivre les héritiers en cas de décès de cette dernière (b).

[333] SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., p.190.

[334] Le locataire-gérant peut fournir une garantie réelle ou personnelle. Parmi les garanties personnelles réglementées par l'Acte uniforme sur les sûretés figure le cautionnement qui est un contrat par lequel la caution s'engage envers le créancier qui accepte à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même.

a. Le paiement des redevances échues par la caution

147. L'obligation au paiement des redevances échues par la caution diffère selon que le cautionnement est solidaire[335] ou simple[336]. Ces deux modalités de cautionnement ressortent de l'article 20 de l'AUS selon lequel « *Le cautionnement est réputée solidaire. Il est simple lorsqu'il en est ainsi décidé, expressément, par la loi de chaque État partie ou la convention des parties* ». Cet article énonce ainsi une présomption de solidarité qui n'est cependant pas absolue. En effet, tenant compte des effets rigoureux de cautionnement solidaire surtout dans le contexte des États membres de l'OHADA où les cautions ne sont pas toujours informées surtout s'agissant des personnes physiques, le législateur communautaire n'a pas fait de la présomption de solidarité une règle absolue[337]. C'est ainsi que même s'il est réputé solidaire, le cautionnement peut également être simple.

148. Schématiquement, la caution solidaire est celle qui renonce à exiger que le débiteur principal soit d'abord poursuivi et en cas de pluralité de caution, à ne pas imposer au créancier de diviser ses poursuites. Il ressort d'ailleurs de l'article 26 de l'AUS que la caution solidaire est tenue de l'exécution de l'obligation principale dans les mêmes conditions qu'un débiteur solidaire.

En d'autres termes, ce principe permet au propriétaire du fonds, assisté du syndic, ainsi qu'à ses créanciers de poursuivre, en temps opportun, la caution en paiement de la totalité de la dette de locataire-gérant. Cette solidarité entre la caution et le débiteur ou entre les cautions en cas de pluralité de caution permet aux créanciers d'accroître l'efficacité de la garantie en ce sens qu'ils ne se verront opposés ni le bénéfice de discussion, ni celui de division[338]. Ici, la caution poursuivie est tenue d'assurer le paiement intégral de la dette en principal ainsi que les accessoires. Elle est tenue de payer la totalité de la dette, quitte à elle de se retrouver contre le locataire-gérant ou les autres cautions.

---

[335] Le cautionnement est solidaire lorsque la caution renonce au bénéfice de division et de discussion. En droit OHADA, il recouvre plusieurs hypothèses. La solidarité entre caution et le débiteur et la solidarité entre les cautions.
[336] Le cautionnement est simple lorsque la caution ne paie la dette du débiteur principal que si et seulement si la défaillance de ce dernier est établie.
[337] KALIEU ELONGO (Y. R.), « Cautionnement », in POUGOUE (P.G.), (Dir), Encyclopédie du droit de l'OHADA, *op. cit*., p.502.
[338] KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, PUA, 2006, p.15.

149. Lorsque le cautionnement est simple, la caution est un débiteur secondaire qui bénéficie à ce titre de deux prérogatives : le bénéfice de division et celui de discussion. Le bénéfice de division permet à la caution d'exiger du créancier de diviser la dette à payer entre les différentes cautions. C'est l'esprit de l'article 28, alinéa 1 de l'AUS qui met en exergue le bénéfice de division en cas de pluralité de cautions. Le bénéfice de discussion quant à lui est la possibilité offerte à la caution d'exiger en cas de poursuite, que les créanciers épuisent en priorité les moyens de droit dont ils disposent à l'égard du locataire-gérant. La caution ne sera ainsi poursuivie qu'en cas d'insuffisance d'actif du locataire-gérant préalablement poursuivi. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'article 27 de l'AUS.

Que le cautionnement soit simple ou solidaire, la poursuite de la caution suppose une interpellation préalable du locataire-gérant au paiement. S'il est vrai qu'elle a souscrit son engagement, il reste tout aussi vrai que cet engagement demeure soumis à l'obligation principale sans laquelle ses héritiers ne sauraient répondre.

b. Le recours contre les héritiers de la caution

150. Les créanciers de l'entreprise en difficultés peuvent recourir aux héritiers en cas de décès de la caution. En effet, la caution qui s'engage à exécuter l'obligation du débiteur principal, engage par là sa personnalité, ses deniers, l'ensemble de ses biens en garantie de son engagement[339]. Après sa mort, son patrimoine constitué d'actif et de passif passe à ses héritiers. Il en découle que la caution transmet à ses héritiers tous ses engagements. C'est ce qui ressort clairement de l'article 36, alinéa 4 de l'AUS qui prévoit que « *les engagements de la caution simple ou solidaire passent à ses héritiers* ... ». Dès lors, s'il est vrai que si une personne se porte caution dans un contrat de location-gérance, son engagement ainsi souscrit passera à ses héritiers s'il venait à mourir, la question reste de savoir si ces derniers doivent garantir le paiement de toutes les dettes du locataire-gérant couvertes par le cautionnement y compris celles nées après le décès de la caution ainsi que les loyers à venir. En d'autres termes, l'obligation transmise aux héritiers de la caution est une obligation de couverture ou de règlement ?

[339] MOUMI DE BAKONDJI (J.), « Banques, crédits et dispositifs sécuritaires du droit OHADA », in GATSI (J.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, op. cit., p.174.

151. Partant du caractère *intuitu personae* du contrat de cautionnement et du principe ci-dessus mentionné selon lequel les dettes du *de cujus* restent à la charge de ses successeurs, il va de soi que l'obligation transmise est une obligation de règlement.

Pendant longtemps, la jurisprudence française a décidé que les obligations incombant à une caution décédée restent comme toutes les autres dettes de la charge de ses héritiers[340]. L'obligation des héritiers ne se limitait donc pas seulement aux dettes existantes au jour du décès de la caution, mais s'étendait également aux dettes nées postérieurement[341].

Consciente des imperfections de sa décision, cette jurisprudence a ensuite assorti la règle d'une importante limite. Elle prévoit en effet que le décès de la caution met obligatoirement fin au contrat de cautionnement et partant à l'obligation de couverture. De la sorte, les héritiers de la caution ne doivent répondre que des dettes du locataire-gérant qui étaient déjà nées au moment du décès de la caution. En revanche, ils ne sauraient répondre des dettes qui seraient nées après le décès de la caution.

152. S'inspirant de cette évolution jurisprudentielle, le législateur OHADA a réglé la question de manière plus certaine. En effet, il prévoit que « *Les engagements de la caution simple ou solidaire passent à ses héritiers uniquement pour les dettes nées antérieurement au décès de la caution* »[342]. Il ressort de cette disposition que le décès de la caution met fin à l'obligation de couverture pour laisser subsister l'obligation de règlement qui sera assumée par ses héritiers.

Si une telle disposition peut être préjudiciable aux droits des créanciers de l'entreprise en difficultés, elle semble tout de même logique dans la mesure où elle permet de renforcer le caractère *intuitu personae* du cautionnement. La loi permet d'ailleurs aux créanciers de l'entreprise en difficultés qui n'obtiendraient pas totale satisfaction en cas de décès de la caution de se retourner contre le locataire-gérant afin d'engager sa responsabilité.

---

[340] KALIEU ELONGO (Y. R.), « Cautionnement », in POUGOUE (P. G.) (dir), Encyclopédie du droit de l'OHADA, *op. cit.*, p.516.
[341] TSAGMO TAMEKO (E.), *La location-gérance de l'entreprise en difficulté en droit des procédures collectives OHADA*, *op. cit.*, p.71.
[342] Article 36, alinéa 4 de l'AUS.

2. Le recours contre le locataire-gérant

153. Dans l'optique de protéger les droits du débiteur en difficultés, propriétaire du fonds mis en location-gérance et partant ceux de ses créanciers, la loi a prévu à l'égard du locataire-gérant une responsabilité au cas où celui-ci venait à commettre un fait illicite pendant l'exécution du contrat. La responsabilité peut être définie comme *« l'ensemble des règles qui s'attachent à l'étude et à la détermination des conséquences des faits illicites ou fautes qui causent un dommage à autrui* »[343]. C'est le fait pour une personne de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires, etc. soit envers la victime, soit envers la société[344]. Le locataire-gérant d'une exploitation en difficultés peut donc répondre des faits illicites qu'il aurait causés aussi bien sur le plan civil (A), que pénal (B).

a. La responsabilité civile du locataire-gérant

154. S'il est vrai que le débiteur, propriétaire du fonds mis en location-gérance peut rechercher la responsabilité civile contractuelle du locataire-gérant, il n'en demeure pas moins qu'une telle responsabilité ne saurait être engagée par ses créanciers. Ceci découle de l'effet relatif du contrat tel qu'il ressort de l'article 1134 du C.civ. qui dispose que « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». La responsabilité civile contractuelle intervient en cas de violation du lien contractuel. Elle ne peut donc être recherchée que par les parties au contrat. Toutefois, les rapports contractuels qu'un débiteur entretient peuvent permettre aux créanciers de ce dernier de rechercher la responsabilité civile délictuelle de son cocontractant.

155. Les créanciers du propriétaire du fonds mis en location-gérance peuvent intenter une action en responsabilité civile délictuelle contre le locataire-gérant. Seulement, ces derniers doivent établir que le locataire-gérant a commis une faute, laquelle faute est à l'origine du préjudice subi. Trois conditions doivent donc être réunies à savoir le dommage, le fait générateur et un lien de cause à effet entre l'un et l'autre.

[343] TOE (S.), La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficulté endroit OHADA à la lumière du droit français, in Revue de l'ERSUMA, n°1, juin 2012, p.22.
[344] CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, Mai 2008, p.821.

La responsabilité suppose l'existence d'un dommage ou préjudice qui peut être matériel, moral ou corporel, d'un fait dommageable et d'un lien de causalité entre le fait dommageable et le préjudice. C'est ainsi que pour parvenir à retenir la responsabilité du locataire-gérant, les créanciers du propriétaire du fonds peuvent démontrer qu'ils n'ont pas été désintéressés parce que le locataire-gérant a commis une faute dans l'exploitation du fonds. Ces derniers obtiendront davantage satisfaction s'il s'avère que la faute commise par le locataire-gérant a consisté à dévaloriser le fonds et que de ce fait, il sera difficile pour eux d'obtenir satisfaction en se retournant contre le débiteur propriétaire dudit fonds.

156. La preuve de la faute, du dommage et du lien de causalité entre l'un et l'autre entraîne comme conséquence la condamnation de l'auteur au paiement des dommages et intérêts. Il ressort en effet de l'article 1382 du C.civ. que : « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Les créanciers du débiteur propriétaire d'un fonds mis en location-gérance, qui auraient subi un préjudice du fait du locataire-gérant pourront à cet effet bénéficier des dommages et intérêts en vue de la réparation dudit préjudice. De plus ils ont la possibilité de saisir le juge répressif s'il s'avère que le locataire-gérant a commis des faits prohibés par la loi pendant l'exploitation du fonds.

b. La responsabilité pénale du locataire-gérant

157. Parce que la juridiction compétente a fait confiance au locataire-gérant lorsqu'elle autorisait la mise du fonds en location-gérance, il serait tout à fait normal de poursuivre pour abus de confiance le locataire-gérant malhonnête qui, au lieu de préserver la consistance du fonds, la compromet plutôt au détriment du débiteur et de ses créanciers. Le chapitre IV du titre III du livre II du Code pénal camerounais comprend une section II intitulée : « *Des infractions contre la fortune d'autrui* ». Parmi ces infractions, figure l'abus de confiance. Selon l'article 318, alinéa 1 (b) dudit Code, il y a abus de confiance toutes les fois qu'une personne détourne, détruit ou dissipe tout bien susceptible d'être soustrait et qu'il a reçu à charge de le conserver, de le rendre, de le représenter et d'en faire un usage déterminé.

158. L'infraction d'abus de confiance suppose la réunion de deux conditions à savoir la remise d'une chose en vertu d'un contrat, tel que le contrat de location-gérance, et l'existence des éléments constitutifs à savoir l'élément moral et l'élément matériel.

L'élément moral de l'infraction d'abus de confiance réside dans l'intention frauduleuse telle qu'il ressort de l'article 74, alinéa 2 du C.P. qui dispose qu' « *est pénalement responsable celui qui volontairement commet les faits caractérisant les éléments constitutifs d'une infraction avec l'intention que ces faits aient pour conséquence la réalisation de l'infraction* ». L'élément moral n'est rien d'autre que la volonté de l'auteur à commettre l'infraction. En ce qui concerne le locataire-gérant, l'élément moral sera établi toutes les fois qu'il aura intentionnellement diminué la consistance du fonds mis en location-gérance, détruit ou détourne ledit fonds au préjudice du débiteur et ses créanciers.

L'élément matériel de l'infraction d'abus de confiance consiste au détournement, à la destruction ou à la dissipation d'un bien remis volontairement à titre de conservation, de restitution, de représentation ou d'usage déterminé. Il peut être facile à établir lorsque la responsabilité pénale du locataire-gérant est recherchée. En effet, l'entreprise en difficultés a été « *remise* » en vertu du contrat de location-gérance, au locataire gérant pour exploitation à charge pour lui de la restituer en l'état au terme du contrat. Si à la fin du contrat ou même bien avant, il s'avère qu'il a diminué la consistance de l'exploitation, il sera en tout état de cause puni des peines d'abus de confiance à partir du moment où un tel acte est assimilable aux actes de dissipation et de destruction qui sont entre autres les éléments matériels de l'infraction.

Lorsque les conditions de mise en œuvre de l'infraction d'abus de confiance sont réunies, le locataire-gérant est puni. Le Code pénal camerounais punit l'abus de confiance d'un emprisonnement de cinq à dix ans et d'une amende de cent mille à un million de francs[345].

Les créanciers de l'entreprise en difficultés mis en location-gérance peuvent bien se fonder sur la mauvaise gestion du locataire-gérant pour engager sa responsabilité pénale. Seulement il nous semble que ces derniers ne pourront invoquer que l'abus de confiance

[345] Article 318, alinéa 1 du C.P.

même si d'autres infractions sont susceptibles d'être consommées par le locataire-gérant pendant l'exploitation du fonds.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

159. La location-gérance ou gérance libre peut constituer une solution heureuse de sauvetage des entreprises en difficultés[346]. Il en est ainsi particulièrement si les difficultés financières résultent essentiellement de la mauvaise gestion ou de l'incompétence du débiteur et des dirigeants sociaux. À travers la redevance, qui est d'après la jurisprudence classique *« une condition essentielle de la location-gérance »*[347], le débiteur assisté du syndic peut renflouer son actif afin de mieux assurer son redressement. Cette redevance est d'ailleurs obligatoire puisqu'elle constitue la contrepartie de la jouissance du fonds par le locataire-gérant. C'est fort de cela que le législateur OHADA exige la fourniture de la garantie de paiement de la redevance par le locataire-gérant ; garantie sans laquelle le contrat de location-gérance ne saurait être formé. Même lorsque la garantie est fournie, la juridiction compétente ne peut autoriser la location-gérance si elle l'estime insuffisante. De plus, lorsqu'il est formé, le contrat de location-gérance prend fin dès lors que le locataire-gérant n'exécute pas son obligation au paiement de la redevance. Autant de prévisions qui témoignent de l'importance de la redevance dans la location-gérance.

Il apparaît ainsi que la redevance est ce qui confère à la location-gérance cette aptitude à sauver une exploitation qui connait des difficultés. Lorsque c'est une branche d'activité formant un fonds de commerce qui a été donnée en location-gérance, la redevance peut faciliter la gestion de l'entreprise en difficultés tout en apurant son passif.

160. Seulement, force est de constater que le législateur OHADA en prévoyant la location-gérance parmi les mesures de redressement n'accorde pas autant d'importance au locataire-gérant qui mérite d'être protégé afin que l'opération produise ses effets escomptés. En effet sans éventuel candidat à la location-gérance, celle-ci ne pourra être formée. Par conséquent le débiteur ne pourra user de cette technique en vue de sauver son exploitation.

---

[346] Elle peut également permettre à un éventuel repreneur de se ménager un délai de réflexion pendant lequel il se familiariserait avec l'entreprise. Voir dans ce sens SAWADOGO (F. M.), OHADA, Droit des entreprises en difficultés, *op. cit.*, p.130 ; SAWADOGO (F. M.), « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur » in POUGOUE (P. G.),(dir), Encyclopédie du droit de l'OHADA *op. cit.*, p. 771.

[347] Cass. Com. 11 mai 1971, N°70-10.012 Bull. civ IV, n°129, P.125 ;Cass. 3e civ., 28 mars 1979, n°72-11.433, Bull. Civ. III, n°237, p.172, Gaz. Pal. 1973, 2, jur., P.562.

Obnubilé par la protection de l'entreprise et de ses créanciers, le législateur OHADA a sacrifié le locataire-gérant, lequel participe pourtant à l'opération de sauvetage de l'entreprise[348]. Il conviendrait donc pour lui de revoir les dispositions relatives à la location-gérance afin d'assurer une meilleure protection aussi bien du débiteur propriétaire du fonds, de ses créanciers que du locataire-gérant. C'est à travers cette conciliation des intérêts que la location-gérance pourra effectivement constituer une technique de financement de l'entreprise en difficultés.

[348] ALILI (S.M.), « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », *op. cit*., p.4.

CONCLUSION DU TITRE I

161. Lorsque l'entreprise connaît des difficultés, elle peut user des techniques qui lui sont propres afin de renforcer son actif. C'est ainsi que le nouvel AUPCAP permet au débiteur de céder une partie ou la totalité de son actif ou de mettre son exploitation en location-gérance totale ou partielle.

La cession partielle d'actif est une mesure de redressement qui peut concourir au sauvetage de l'entreprise en difficultés. Seulement, au regard de son inaptitude à dégager un prix satisfaisant, un auteur[349] l'a estimé très insuffisante à redresser une exploitation qui connaît des difficultés. La même raison aurait certainement motivé les rédacteurs du nouvel AUPCAP qui ont intégré la cession globale d'actif parmi les mesures de redressement.

162. Relativement à la location-gérance, elle peut constituer une solution heureuse de redressement des entreprises en difficultés. La redevance qui se dégage de la location-gérance est d'une importance indéniable. Elle permet à l'entreprise de mieux assurer les opérations de redressement. De plus, la redevance une fois versée dans l'actif de l'entreprise, constitue avec d'autres fonds éventuels, des deniers devant être distribués aux créanciers. De la sorte, menée à bien, la location-gérance aura pour effet de sauver l'entreprise. Seulement, le souci de sauvetage commande que le législateur OHADA prenne en compte tous les intérêts en présence à savoir les intérêts du débiteur et ses créanciers ainsi que ceux du locataire-gérant. Ceci est d'autant plus pertinent que la prise en compte de ces intérêts permettra à l'entreprise de surmonter ses difficultés sans toutefois recourir à ses membres comme c'est généralement le cas.

[349] SAWADOGO (F. M.), *OHADA Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., p. 279.

TITRE II

LE RECOURS AUX ACTEURS DE LA VIE SOCIÉTAIRE

163. L'entreprise en difficultés peut recourir à ses associés ou dirigeants pour le financement de son redressement[350]. Ceux-ci jouent dont un rôle important dans le renflouement financier de l'entreprise bien que l'Acte uniforme OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif n'ait pas suffisamment pris en compte leur intervention. Dans ce texte, le législateur s'est plutôt contenté de les considérer comme des débiteurs devant répondre des dettes de l'entreprise en cas d'insuffisance d'actif et de faute de gestion pour certains[351].

164. Pourtant, plus que les membres de la société en difficultés, les associés et dirigeants sont de véritables partenaires financiers dont la participation au sauvetage de l'exploitation est vivement souhaitée[352]. Ils ne sauraient donc être relégués au second plan comme c'est le cas en l'état actuel du droit[353]. Ils sont les acteurs essentiels, les personnages centraux du traitement des difficultés que rencontre leur entreprise.

Cette option du législateur qui consiste à faire de ces acteurs de la vie sociétaire de simples débiteurs parait contestable étant donné qu'ils ont un intérêt certain à la bonne

[350] L'ouverture d'une procédure collective impose une recherche des solutions visant à assurer le sauvetage de l'entreprise et conduit, quelquefois, à des choix risqués dont l'initiative revient aux associés. ALGADI (A. S.), « Du redressement de l'entreprise par le changement de la forme sociale en droit OHADA », in *PENANT*, n°886, janvier-mars 2014, p.135.

[351] Or, les associés et dirigeants, largement mis à l'écart du déroulement de la procédure, n'en sont pas moins les « *propriétaires* » de l'entreprise en crise et peuvent être relativement affectés par l'issue de la procédure. MARQUET (J.-Y.) et BRIQUET (J.-M.), « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gazette du Palais*, n° 148, 27 mai 2004, p. 43.

[352] BARBIERI (J.-F.), « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *Les Petites Affiches*, n° 196, 30 septembre 2008, p. 6.

[353] En l'état actuel du droit, hormis en matière de sanctions, les dirigeants d'une entreprise en difficultés n'apparaissent pas comme des acteurs centraux dans les procédures collectives de sauvetage et même de liquidation. De même, les entreprises sociétaires ainsi que leurs associés semblent avoir été quelque peu oubliés. Le législateur des procédures collectives a surtout visé le « débiteur » ou l'entreprise débitrice, sans se préoccuper de la forme juridique d'exploitation de son activité. L'entreprise à sauvegarder ou à redresser, voire à liquider, est seule au centre des préoccupations légales : elle est l'objet exclusif des dispositions spécifiques au traitement des difficultés, et l'on comprend bien que ces dispositions, dont le but n'est pas de déterminer un statut particulier des dirigeants et associés de l'entreprise en difficultés, n'affectent leur statut général, sauf sans doute en matière de sanctions qu'en fonction des besoins de chacune des procédures qu'elles réglementent.

marche de la structure et constituent pour cela de véritables maîtres de l'affaire. Les associés, largement mis à l'écart du déroulement de la procédure de redressement, n'en sont pas moins les « *propriétaires* » de l'entreprise en crise et peuvent être relativement affectés par l'issue de la procédure[354].

165. Les associés et dirigeants de l'entreprise en difficultés demeurent indispensables dans le renflouement financier de l'exploitation. La poursuite d'activité d'une entreprise, personne morale en difficultés, n'est pas concevable sans la consultation et même l'intervention de ses associés ou membres, le plus souvent sollicités de consentir des sacrifices patrimoniaux et de contribuer financièrement au redressement. Ils demeurent donc les maîtres de l'issue du projet de redressement.

L'intervention des associés ou dirigeant dans le financement d'une exploitation difficultueuse peut revêtir plusieurs formes : compte courant d'associés, augmentation du capital, renonciation à l'exercice d'un droit, cautionnement de l'entreprise pour ne citer que celles-là. Pour assurer donc son sauvetage, l'entreprise en difficultés dispose de toutes ces sources de financement complémentaires mais concurrentes. Toutefois, et c'est généralement le cas, elle peut privilégier une ou certaines d'entre elles tout en évinçant les autres à un moment donné, en fonction des critères financiers objectifs tels le coût des capitaux, la structure financière de l'entreprise ou l'appétence de investisseurs pour la société etc. Aussi, en fonction de la gravité de la difficulté, certaines sources de financement peuvent être privilégiées (CHAPITRE 1) à d'autres qui ne pourront être utilisées qu'accessoirement (CHAPITRE 2).

[354] MARQUET (J.-Y.) et BRIQUET (J.-M.), *L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire*, *op. cit*., p. 43 ; BARBIERI (J.-F.), « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *préc*., p. 7.

CHAPITRE 1

LES TECHNIQUES DE FINANCEMENT INTERNE PRIVILEGIÉES

166. Pour redynamiser son activité tout en améliorant sa situation financière, l'entreprise en difficultés s'adresse principalement -mais pas uniquement-à ses membres. Les sources de financement interne des entreprises en difficultés proviennent donc principalement des associés et dirigeants.

La pénurie des fonds propres (mal chronique des entreprises en difficultés), l'incapacité pour l'entreprise en difficultés de s'autofinancer, l'encadrement du crédit bancaire, le caractère sélectif du marché financier ainsi que les interdictions des aides financières de l'État expliquent à coup sûr cette option du débiteur dans la recherche de son redressement.

167. L'entreprise en difficultés a de multiples besoins de financement qui s'avèrent pressants. Pour y faire face, elle devra non seulement choisir parmi les divers modes de financement ceux adaptés aux besoins à couvrir, mais aussi et surtout saisir en priorité ses membres au regard de l'urgence et même de l'opportunité du financement dans le redressement d'une entreprise en difficultés. Le dirigeant et surtout les associés d'une entreprise en difficultés qui ont un grand intérêt au redressement de l'entreprise seront difficilement réticents à s'investir dans le financement de cette dernière en vue de son redressement. C'est à juste titre que l'entreprise recourt d'abord à ses membres avant de recourir aux partenaires financiers externes.

Lorsqu'elle saisit ses membres, l'entreprise en difficultés met en avant certaines techniques de financement davantage efficaces au redressement compte tenu de leur caractère rassurant et naturel. Elles sont plus faciles à mettre en œuvre étant donné qu'il n'ya pas à obtenir l'accord des personnes extérieures à l'entreprise et qu'elles

n'entrainent pas de frais. Entre autres ces techniques privilégiées, nous avons les avances en compte courant (SECTION 1) et l'augmentation du capital (SECTION 2).

SECTION 1. LES AVANCES EN COMPTE COURANT : UN FINANCEMENT SOUPLE AUX CONTRAINTES MÉCONNUES

168. Lorsqu'une entreprise est organisée sous la forme sociétaire, elle peut faire appel aux comptes courants d'associés pour soutenir sa trésorerie[355]. Ces derniers accueillent les sommes temporairement mises à la disposition de la société par les associés.

En effet**,** au lieu de fournir à la société des apports complémentaires, les associés, les dirigeants et même les salariés[356] peuvent contribuer à l'augmentation de la marge de manœuvre financière de leur société en consentant à celle-ci des avances, en plus de leur part dans le capital[357]. Ces avances ou comptes d'associés, traditionnellement désignés par l'expression juridiquement impropre de « *comptes courants d'associés* »[358] constituent une source de financement extra-bancaire de pratique fort répandue[359], notamment dans les entreprises en difficultés passagères[360] et en cessation des paiements

[355] CALVO (J.), « Les comptes courants d'associés : aspects juridiques et fiscaux », *Les Petites Affiches*, n°8, 19 janvier 1998, p. 4.

[356] Seuls les membres de la société peuvent être titulaires des comptes courants. En effet, la convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les États de l'Afrique Centrale interdit à toute personne non membre de prêter des fonds à une société (articles 4 et 5). Dans une entreprise individuelle, il n'ya pas de compte courant, le compte de l'exploitant étant destiné à recevoir les fonds apportés temporairement par le chef d'entreprise.

[357] MESRTE (J.) VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op. cit*., p. 953 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 27e éd., LexisNexis, août 2014, p. 142.

[358] Un compte courant d'associé est une créance de l'associé sur la société. Ce sont les sommes prêtées par les associés au profit de l'entreprise et qui peuvent être productrices d'intérêts. On parle d'apport en compte courant d'associé. Les sommes prêtées sont portées au passif du bilan de la société et doivent être remboursées. Afin d'améliorer la trésorerie d'une entreprise en difficultés, les associés peuvent réaliser des avances en compte courant. Ces avances sont composées soit des sommes versées par les associés dans les caisses de l'entreprise, soit des sommes dues aux associés, laissées à la disposition de l'entreprise. Par ce mécanisme, les associés peuvent financer la société sans bloquer leurs fonds sous forme d'apport en capital. Ils peuvent se rembourser sans formalité lorsque la trésorerie de la société le permet.

[359] URBAIN-PARLEANI (I.), *Les comptes courants d'associés*, Paris, L.G.D.J, 1986, p. 7.

[360] Les besoins de financement de l'entreprise peuvent dans certaines circonstances être temporaires et excéder les ressources en capitaux permanents. Les apports ou les avances en comptes courants par les associés peuvent se

dans une certaine mesure. Les associés, personnes physiques ou morales, consentent à la société des avances et/ou laissent à la disposition de celle-ci le montant des intérêts, dividendes et rémunérations qui leur sont dus[361]. Les sommes ainsi prêtées sont inscrites sur des comptes ouverts au nom des associés dans les livres sociaux[362]. Les titulaires des comptes effectuent des retraits au gré de leurs besoins ou bien, au contraire, s'engagent à bloquer [363]les fonds au profit de la société pour un temps déterminé.

169. Instrument de financement utilisé aussi bien par les entreprises *in bonis* que par celles qui connaissent des difficultés, le compte courant d'associés est aujourd'hui l'une des sources extra-bancaires de crédit auxquelles ces dernières ont coutume de recourir[364]. Il occupe à cet effet, parmi l'ensemble des circuits extra-bancaires de financement une place privilégiée qu'explique la diversité de sa fonction. Outre l'amélioration de leur trésorerie, les sociétés y trouvent l'avantage de verser des intérêts moindres que ceux exigés par les banques.

Le compte courant d'associé est donc, pour les raisons de son efficacité (§1), très fréquemment utilisé comme moyen de financement des entreprises. Seulement, force est de déplorer sa non réglementation par l'Acte uniforme OHADA et de suggérer son intégration juridique dans les reformes à venir (§2). Son homogénéité juridique et financière ainsi que sa vitalité justifient que l'on se « focalise » sur cet instrument juridique, qui est devenu l'un des plus riches et des plus stables.

§1. L'efficacité des avances en compte courant

170. Les comptes courants d'associés jouent un rôle essentiel dans le financement des entreprises. À l'origine, cette technique de financement n'était destinée qu'à pallier

substituer à un autre type de financement afin d'éviter que la situation ne se dégrade. Les apports en compte courant sont généralement sollicités pour pallier les difficultés de trésorerie passagères.

[361] Les comptes courants d'associés sont constitués des sommes qui sont dues aux associés par la société et auxquelles ceux-ci renoncent temporairement et/ou des sommes déposées volontairement pour améliorer la trésorerie de l'entreprise.

[362] COURET, « Comptes courants d'associés », *Rev. Soc*. 1971, pp. 479 et s. cité par URBAIN-PARLEANI (I.), *Les comptes courants d'associés*, *op.cit*., p. 7.

[363] Pour éviter que la situation financière de l'entreprise ne se dégrade à travers la demande de remboursement que chaque associé est, en principe, libre d'effectuer à tout moment, le blocage de ces comptes courants pendant un certain temps peut être organisé. Cette décision requière toutefois l'unanimité des associés. Par une convention de blocage, les associés s'obligent, vis-à-vis de la société, à rendre indisponibles les sommes mises à sa disposition pendant plusieurs années.

[364] URBAIN-PARLEANI (I.), *Les comptes courants d'associés*, *op. cit*., p. 7.

les difficultés de trésorerie des sociétés, à accroître leur marge de manœuvre financière et à leur procurer les fonds nécessaires à certains investissements. De nos jours, sa fonction s'est diversifiée[365] partant d'un instrument de financement direct (A) à un instrument de financement indirect (B).

A. Les avances en compte courant dans le financement direct de l'entreprise en difficultés

171. Le compte courant d'associé constitue principalement l'instrument d'un contrat de prêt (1) par lequel l'associé met ses fonds à la disposition de la société[366]. Cette fonction essentielle dans les entreprises *in bonis*, s'avère fondamentale dans les entreprises en difficultés. Sans doute, les techniques de financement des entreprises en difficultés sont multiples, mais le compte courant d'associés y constitue néanmoins une technique privilégiée de financement à raison de la souplesse et de la rapidité que le mécanisme du compte autorise dans la réalisation de l'opération. Outre l'octroi d'un prêt, les associés peuvent autoriser la capitalisation des avances en compte courant (2) afin de financer l'entreprise en difficultés. Toutefois, si elles permettent de financer l'entreprise en difficultés en offrant des avantages aussi bien aux associés financeurs qu'à l'entreprise, ne perdons pas de vue qu'elles présentent également des risques (3) qui feront l'objet des développements subséquents.

1. Les avances en compte courant : un prêt consenti à l'entreprise

172. La fonction première des comptes d'associés est d'être un instrument d'un contrat de prêt[367]. Le compte enregistre les avances consenties par l'associé à la société[368].

---

[365] Initialement, les comptes courants d'associés étaient de simples instruments d'un contrat de prêt. Ils sont aujourd'hui, mais cet aspect de leur fonction est moins connu, des instruments de gestion financière. Ils peuvent à cet effet être utilisés à diverses fins. La situation particulière de l'entreprise, les nécessités de sa gestion, ou bien encore la volonté des associés constituent autant de facteurs qui peuvent influer, voire conditionner la fonction qui leur est dévolue.

[366] SORTAIS (J.-P.), « Avance en compte courant : passif exigible ou actif disponible ? » *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n° 4, 01 juillet 2012, p. 209.

[367] Le compte courant d'associés est un contrat de prêt à la société. Celle-ci y trouve dès lors un financement à moyen terme. En clair, c'est une excellente source de fonds quasi propres destinés à être réclamés à plus ou moins long terme. Il figure à cet effet parmi les dettes au passif du bilan. Les comptes courants d'associés sont considérés par les banques notamment comme des quasi-fonds propres en cas de blocage des comptes courants d'associés et de cession d'antériorité de créances. À travers cette dernière, le titulaire du compte s'engage à n'exiger le remboursement des sommes qu'il a déposées, qu'une fois tous les autres créanciers désintéressés. Ce dispositif

L'inscription d'une avance ou d'un découvert en compte n'est que la traduction d'un contrat conclu entre la société et l'associé[369].

Le qualificatif généralement utilisé « *dépôt d'associé*», ne saurait réduire l'opération à un simple contrat de dépôt irrégulier[370]. L'objet du contrat passé entre la société et l'associé n'est pas de faire naître une obligation principale de garde, obligation caractéristique du contrat de dépôt, ni de confier à la société la garde de la chose, mais de lui permettre de s'en servir en temps opportun afin d'améliorer sa situation financière. Si tel est un avantage des comptes courants d'associés pour l'entreprise, un autre avantage de l'opération ou mieux du prêt pour le titulaire du compte concerne les intérêts rémunérant les sommes ainsi déposées qui sont généralement supérieurs à ceux rémunérant les comptes bancaires. C'est dire que les prêts consentis par les associés à la société offrent une grande variété d'avantages aussi bien à l'entreprise (a) qu'à ses associés prêteurs (b). Le compte courant d'associé est donc bénéfique pour les deux parties.

a. Les avantages du prêt pour l'entreprise en difficultés

173. Les comptes courants d'associés sont pour l'entreprise en difficultés une source de financement irremplaçable, un mode de financement efficace qui offre plus d'avantages que le prêt ordinaire.

Les capitaux sont aisément obtenus des partenaires sociaux, personnes physiques ou morales, dont le sort est étroitement lié à celui de l'entreprise qu'ils désirent alors améliorer la situation financière.

---

permet d'obtenir plus facilement un prêt auprès des banques qui exigent des rapports précis entre fonds propres et fonds d'emprunt. Généralement, les formules « blocage des comptes courants d'associés » fournies par les banques comportent systématiquement la clause de cession d'antériorité de créance au profit du prêteur.

[368] Il peut également, lorsque le titulaire du compte est une personne morale, enregistrer les découverts consentis par la société où est tenu le compte à l'associé titulaire du compte.

[369] Il n'est pas incongru d'analyser l'avance en compte courant comme « *un prêt remboursable à vue*» fait par l'associé à la société, à moins qu'une convention de blocage ait été stipulée. MARQUET (J.-Y.) et BRIQUET (J.-M.), L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire, *op. cit*., p. 48.

[370] Le dépôt est dit « *irrégulier*» lorsqu'il est prévu que le dépositaire pourra restituer, à la place de la chose déposée, une chose semblable. L'exemple le plus courant est celui du dépôt de fonds et titres chez un banquier, qui restituera des valeurs d'un montant identique, mais non pas celles-là même qui lui avaient été remises. Sur le contrat de dépôt irrégulier, voir BENABENT (A.), *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8e éd., Montchrestien, 2008, pp. 515 et s ; MALAURIE (P.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.) , *Droit civil, les contrats spéciaux*, 4e éd., Défrénois Lextenso, 2009, p. 515 ; LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, L.G.D.J, 2007, p. 459 et s.

Aucune garantie n'est du reste exigée, en général, par le titulaire du compte pour sûreté de sa créance. Les avances en compte présentent donc, pour la société bénéficiaire l'une des caractéristiques des capitaux propres. L'affirmation selon laquelle « *le crédit est l'expression de la confiance* » prend ici une résonnance particulière. Ceci s'explique davantage par la solidarité économique qui existe entre l'associé et la société car, lorsqu'il n'existe aucune solidarité entre le prêteur et l'emprunteur, l'obtention de la garantie conditionne le crédit. La nécessité d'une garantie, corollaire traditionnel du crédit, s'estompe toutes les fois qu'il ya association du créancier au sort de l'entreprise. Cela est la caractéristique des financements en comptes d'associés mais également d'autres circuits extra-bancaires de financement dès lors que les flux financiers sont motivés par l'intégration du prêteur au sort de l'entreprise emprunteuse.

174. Le compte courant d'associé présente pour l'entreprise une plus grande souplesse, puisqu'il ne nécessite pas de modification des statuts comme c'est le cas dans une augmentation de capital. Il s'accompagne de très peu de formalités[371], ce qui n'est pas négligeable.

L'avantage majeur de l'utilisation des prêts sous forme de compte courant d'associés par l'entreprise est que celle-ci aura la possibilité de déduire les intérêts versés aux associés de ses bénéfices imposables.

Comme autre avantage de cette formule pour l'entreprise, les intérêts rémunérant les dépôts sont moindres que ceux exigés par les banques. C'est à juste titre qu'elle est considérée comme mode financement généralement moins onéreux.

Au regard de ce qui précède, il ya lieu de dire que le compte courant d'associés est une alternative intéressante au financement bancaire. Il permet à l'entreprise d'emprunter aux associés. L'entreprise gagne en souplesse puisqu'elle peur déterminer les modalités de remboursements de ces fonds comme bon lui semble. Cette mesure est d'autant plus intéressante qu'elle permettra assurément à l'entreprise de surmonter ses difficultés.

Parallèlement aux avantages offerts à l'entreprise, ce mécanisme offre également de notables avantages au titulaire du compte.

[371] Bien souvent l'opération ne donne lieu à aucun écrit. De la même façon, le remboursement de l'avance en compte courant n'est soumis à aucun formalisme. Lire dans ce sens, COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 143.

b. Les avantages des avances en compte courant pour le prêteur

175. Le compte d'associé offre à son titulaire plusieurs avantages parmi lesquels la rémunération du prêteur. Cette rémunération apparait au titre des intérêts[372] sur compte courant. La société bénéficiaire du compte courant d'associés doit verser au créateur du compte -le prêteur- des intérêts déductibles de l'impôt sur les sociétés. Ainsi, les associés d'une société qui ne génère pas de bénéfices pourront toutefois toucher des intérêts s'ils sont titulaires d'un compte courant d'associé rémunéré chez cette dernière. Même lorsque la société n'a pas de résultat distribuable, les comptes courants d'associés -lorsque la rémunération est prévue- sont rémunérés à travers le versement d'intérêts. Elle ne saurait donc invoquer le défaut de dividende pour se soustraire de son engagement vis-à-vis du titulaire du compte.

176. Lorsque le titulaire du compte est une personne physique, les intérêts issus des prêts sont très fréquemment supérieurs au produit d'actions et parts sociales. Ils sont également plus élevés que les intérêts issus des comptes bancaires. Comparé aux placements bancaires, le système de compte courant d'associé assure à son titulaire un taux d'intérêt de très loin supérieur à tous les comptes rémunérés proposés par les banques. Lorsque le titulaire du compte est une personne morale, les avances effectuées en compte d'associé peuvent également être rémunérées par un intérêt élevé.

Les titulaires de compte d'associés peuvent, de plus, par leur fonction ou par l'importance des fonds déjà engagés dans l'entreprise, « *suivre* » l'emploi des fonds qu'ils ont déposés. Leur meilleure connaissance des conditions d'exploitation et de gestion de la société atténue ainsi, en cas de blocage, le risque d'immobilisation. L'associé pourra même, s'il le désire, reprendre les avances consenties à la société, alors que s'il avait souscrit à une augmentation de capital, la récupération de sa mise ne serait possible que s'il trouvait un acquéreur pour ses titres.

177. Le compte courant d'associé s'analyse comme une créance sociale de l'associé envers la société, remboursable[373] et éventuellement rémunérée. C'est une créance qui

[372]CERATI-GAUTHIER (A.), « Compte courant d'associés et sort des intérêts », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n°4, 01 juillet 2013, p.241.

[373] En cas de survenance d'une procédure collective contre la société détentrice de comptes courants d'associés, les titulaires de ces comptes sont des simples créanciers sociaux. Matériellement, il est conseillé de conclure une convention de compte courant entre la société et le titulaire du compte courant afin de fixer les modalités de

normalement n'est pas soumise au risque social comme l'apport en capital. Les conditions de remboursement sont souvent précisées dans les statuts ou dans une convention passée entre la société et l'associé. En l'absence de disposition contraire, le remboursement peut être exigé à tout moment par l'associé[374]. C'est dire que contrairement aux apports en numéraire effectués directement en capital, les apports en compte courant peuvent être remboursés à tout moment à l'associé ou l'actionnaire[375]. De plus, les associés peuvent se rembourser sans formalité lorsque la trésorerie de l'entreprise le permet.

S'il est vrai que le compte courant d'associé est, en tant qu'instrument de prêt, une technique de financement direct des entreprises en difficultés, il n'en demeure pas moins que la même fonction s'observe également lorsque les associés consentent à sa capitalisation.

2. La capitalisation des avances en compte courant

178. La conversion des dettes est l'une des techniques de réalisation des augmentations de capital[376]. La conversion des obligations en actions en constitue la principale application[377]. Mais l'incorporation des créances peut également concerner les créances dont l'associé est titulaire à raison de la position créditrice de son compte : c'est la capitalisation du compte courant d'associé. Celle-ci ressort implicitement de l'article 562, alinéa 2 de l'AUSCGIE lorsqu'il dispose que : «*Les actions nouvelles sont libérées, soit en espèces, soit par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles sur la société, soit par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission, soit par apport en nature*».

179. La capitalisation des comptes d'associés présente pour l'entreprise en difficultés de notables avantages : elle permet à celle-ci de renforcer sa surface financière -véritable mesure de crédit-, sans faire appel à de nouveaux associés. Incorporés au capital social, les fonds déposés en compte deviennent alors le gage des créanciers

---

fonctionnement dudit compte : rémunération, durée, modalités de remboursement etc. Sinon ; les conditions de remboursement peuvent être précisées dans les statuts.

[374] COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 144.

[375] CALVO (J.), *Les comptes courants d'associés : aspects juridiques et fiscaux*, *op. cit.*, p. 4.

[376] CALAIS-AULOY et RIVES- LANGE, « Capital social », *Ency. Dalloz, Rép. Sociétés*, n° 124 et s.

[377]Sur les obligations convertibles en actions, voir VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, 6e éd., L.G.D.J, 2008, p. 552 ; MERLE (P), *Droit commercial, sociétés commerciales*, 9e éd., Dalloz, Septembre 2003, p. 3399-402.

sociaux. Un allègement du passif de l'entreprise est ainsi réalisé et un meilleur équilibre établi entre fonds propres et fonds d'endettement.

Pour les créanciers sociaux et notamment les banques, la capitalisation est plus sûre qu'un simple aménagement conventionnel des obligations du titulaire du compte, même si celui-ci a pour effet d'assimiler les fonds déposés à des quasi-fonds propres.

180. La transformation des comptes courants d'associés en fonds propres est du reste souhaitable. Elle peut s'effectuer selon diverses modalités. Les créances présentent en effet un double aspect. Elles sont à la fois des valeurs patrimoniales transmissibles, mais elles ont aussi un objet particulier, une somme d'argent. En conséquence, elles peuvent être incorporées au capital soit sous la forme d'apport en numéraire[378], soit sous la forme d'apport en nature[379], soit par compensation[380].

Le recours à la capitalisation des avances en compte courant est davantage intéressant qu'il permet à l'associé titulaire du compte d'échapper aux risques inhérents à ces avances dans le financement direct de l'entreprise en difficultés.

---

[378] Les financements issus des comptes courants d'associés, destinés à être retirés à plus ou moins long terme, peuvent être transformés en fonds propres sans que l'associé soit redevable envers la société. Au lieu de réclamer le remboursement du solde créditeur de son compte, l'associé va tout simplement consentir à l'incorporation dudit solde dans le capital social. Les sommes, jadis mises à la disposition de la société en vue d'améliorer sa trésorerie, se verront purement et simplement injectées dans le capital. Les fonds temporairement mis à la disposition de la société ou quasi-fonds propres deviennent pour cela des fonds propres. Cette capitalisation donne droit à une augmentation des parts ou actions de l'associé titulaire du compte, ce qui ne saurait sans doute être le cas lorsque la capitalisation se fait par compensation.

[379] Comme tout bien meuble, la créance peut également faire l'objet d'un apport en nature. La société est alors créancière et débitrice, et la dette s'éteint par confusion (article 1300 du C. civ.). Cette technique de transformation des comptes courants d'associés est une opération relativement complexe car elle est soumise dans les SARL et dans les SA, à la procédure spéciale d'évaluation des apports. Le commissaire aux apports doit alors apprécier sous sa responsabilité et en fonction de la solvabilité de l'entreprise, la valeur réelle de la créance. À défaut, l'augmentation du capital serait irrégulière. L'apport de la créance en nature est dans certaines hypothèses, la seule modalité de capitalisation des comptes courants d'associés. Il en est ainsi lorsque cette créance ne remplit pas les conditions de la compensation légale, alors que l'actif réel de la société est inférieur à son passif réel.

[380] La capitalisation des avances par compensation constitue également une technique de transformation des comptes courants d'associés en fonds propres. Longtemps admise par la jurisprudence notamment française, elle a été explicitement consacrée par le législateur OHADA en ce qui concerne les sociétés anonymes (article 562, alinéa 2de l'AUSCGIE). Dans les sociétés à responsabilité limitée, ce procédé d'augmentation de capital n'a pas été prévu. Il s'agit d'un procédé spécifique qui exige en tout état de cause une délibération des associés. Leur décision doit prévoir le mode de libération ainsi que les caractères requis pour que la créance soit éligible à la compensation. La compensation qui s'opère ici n'est rien d'autre que la compensation légale qui suppose, bien évidemment, que les créances soient certaines, liquides et exigibles (articles 562, alinéa 2 de l'AUSCGIE et 1290 du C. civ). Sur la question, lire ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, coll. Droit uniforme africain, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 54 ; TERRE (F.), « Remarques sur l'augmentation du capital par incorporation des créances » in HAMEL (J.) (dir.), *Dix ans de conférence d'agrégation*, p.205.

3. Les risques inhérents aux avances en compte courant dans le financement direct de l'entreprise en difficultés.

181. Le recours au compte courant d'associé n'est pas sans danger. Bien qu'il soit pour la société une technique de financement souple, et pour le préteur le moyen de rémunération le plus efficace, le compte courant d'associé présente des dangers tant pour l'associé que pour la société.

L'associé peut certes, du fait de son intégration dans la vie économique de la société, connaître les conditions d'exploitation de l'entreprise et suivre l'emploi des fonds confiés. Mais, il n'en demeure pas moins que ce placement est un placement à risque. Le titulaire du compte n'obtient aucune garantie pour sûreté de sa créance. De plus, son remboursement est par l'effet des stipulations particulières, tel l'engagement de « *blocage de fonds* » en compte, fréquemment suspendu. Ce remboursement devient hypothétique lorsque le titulaire du compte a souscrit à un engagement de dernier rang. En tout état de cause, l'associé aura des difficultés à recouvrer ses fonds lorsque la situation financière de l'entreprise restera précaire. Il convient dès lors de dire que si les avances en comptes d'associés constituent en droit des « *prêts* », les fonds déposés sont à considérer comme des quasi-fonds propres.

182. Lorsque l'entreprise connaît des difficultés, les articles 5-11, 11-1, 33-1 du nouvel AUPCAP prévoient la priorité de paiement des créanciers ayant apporté un concours financier à cette dernière. Seulement, le législateur OHADA n'ayant pas réglementé les comptes courants d'associés, il serait difficile, voire impossible d'appliquer au profit des associés prêteurs, une telle règle : c'est dire que ces créanciers ne bénéficieront pas de la priorité de paiement, mais resteront soumis à la règle applicable en l'absence de toute procédure collective. Dans ce dernier cas, les titulaires du compte courant entrent dans la catégorie des créanciers chirographaires, c'est-à-dire des créanciers qui ne bénéficient d'aucune garantie de paiement. D'ailleurs, bien souvent en pratique, ces fonds sont partiellement ou totalement irrécouvrables lorsque l'entreprise connaît des difficultés.

183. Si le compte courant d'associé permet de financer l'entreprise en difficultés, il en va autrement lorsque l'octroi de telles avances contribue en réalité, à la soutenir financièrement d'une façon artificielle qui aboutit finalement à retarder l'ouverture d'une

procédure collective[381]. Dans ce cas, les titulaires du compte pourront éventuellement voir leur responsabilité engagée pour soutien abusif telle qu'il ressort de l'article 1382 du C.civ.

À ces différents risques civils s'ajoute le risque pénal qui s'observe surtout lorsque l'associé prêteur est également dirigeant. Il en va ainsi lorsque ce dernier vient à se faire remettre une somme plus élevée que sa créance. En effet, par une telle opération, le dirigeant social bénéficiera d'une part du patrimoine social, or le législateur interdit au dirigeant de détourner dans un intérêt personnel, des biens sociaux. Ainsi, selon les cas, deux délits pénaux, relativement proches dans certaines circonstances, pourront être caractérisés : l'abus de biens sociaux et la banqueroute[382]. L'infraction d'abus des biens sociaux[383] s'applique lorsque l'entreprise est in bonis[384]. C'est assurément la raison pour la quelle le législateur OHADA n'a prévu que l'infraction de banqueroute lorsque l'entreprise est soumise à une procédure collective afin de protéger le patrimoine de cette dernière. Il prévoit à cet effet, sous l'incrimination de la banqueroute, de sanctionner certains comportements de nature à porter atteinte aux intérêts de la société, et partant des créanciers sociaux.

---

[381] SORTAIS (J.-P.), « Avance en compte courant et cessation des paiements », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n° 4, 01 septembre 2011, p. 273 ; FAVARIO (T.), « Dissimulation de l'état de cessation des paiements par un financement anormal : les précisions de la Cour de cassation », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n° 4, 01 juillet 2013, p. 246.

[382] Sur la question lire, SOROLINO (M. C.), « Banqueroute par détournement d'actif et abus de biens sociaux : un conflit de qualification, des solutions en clair-obscur », in *Mélanges de Michel CABRILLAC*, éd. Dalloz, Paris, 1999, pp. 186 et s.

[383] L'abus de biens sociaux est aujourd'hui une infraction bien connue. Cette infraction est prévue pour les dirigeants qui, de mauvaise foi, font des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt social à des fins personnelles (article 891de l'AUSCGIE). La jurisprudence a eu de nombreuses occasions de préciser les éléments constitutifs de ce délit. Celui-ci est bien constitué, en réalité, de quatre délits différents : l'abus de biens, l'abus du crédit social, l'abus de pouvoirs sociaux et enfin l'abus de voix possédées par le dirigeant. On relève donc l'usage des biens ou du crédit de la société dans un but personnel et la mauvaise foi qui n'est rien d'autre que l'usage contraire à l'intérêt social. Le délit d'abus de biens sociaux vise donc à sanctionner les dirigeants qui traiteraient le patrimoine social comme leur patrimoine propre ou qui gèrent la société dans leur intérêt personnel. Pour le législateur pénal, ce délit vise à réprimer l'usage des biens de la société pour le profit personnel, direct ou indirect, de l'un de ses dirigeants, de droit ou de fait, c'est-à-dire la confusion opérée entre le patrimoine du dirigeant et celui de la société. À cet effet, il punit d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 2 000 000 à 20 000 000 de francs tout dirigeant coupable du délit (article 9 de la loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA). Lire à cet effet, MASCALA (C.), *Droit pénal des affaires*, Recueil Dalloz, 2009, pp. 1723 et s. ; MOMAHA NGAMENI (S. M.), *La protection des créanciers sociaux en droit pénal des affaires*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2010-2011, p. 13-17 ; NGASSA NGUEBDJO (S. C.), *La protection pénale des actionnaires en droit OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2004-2005, pp. 41-49.

[384] L'infraction d'abus de bien sociaux est une sérieuse garantie pour les créanciers d'une société in bonis. MOMAHA NGAMENI (S. M.), *La protection des créanciers sociaux en droit pénal des affaires*, *op. cit*., p. 14.

184. Lorsque l'entreprise est en difficultés, le prêteur coure le risque d'une banqueroute[385] notamment par détournement d'actif ou augmentation du passif. Dans ces deux cas, le prêteur sera sanctionné pour avoir privé les créanciers de leur droit de gage sur le patrimoine social. Toutefois, l'Acte uniforme distingue ce que l'on peut qualifier de banqueroutes proprement dites[386] des infractions assimilées aux banqueroutes[387]. Il conviendrait donc de dire, au regard des éléments constitutifs de ces infractions, laquelle sera retenue contre le dirigeant, qui après avoir consenti à l'entreprise des avances en compte courant a reçu une somme plus élevée que sa créance ?

Au regard des éléments constitutifs de la banqueroute simple[388], frauduleuse[389] et même des infractions qui leur sont assimilées[390], l'on peut dire qu'à l'égard du prêteur, c'est la banqueroute frauduleuse qui sera appliquée[391].

185. La banqueroute frauduleuse appréhende les fautes ou comportements jugés graves. L'article 229 du nouvel AUPCAP déclare coupable de banqueroute frauduleuse, toute personne physique commerçante, en cas de cessation des paiements, qui, a soustrait sa comptabilité, détourné ou dissipé tout ou partie de l'actif, etc. En se faisant remettre

---

[385] La banqueroute est invoquée dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation d'une société qui connaît les difficultés. Parmi les conditions préalables de l'infraction, figurent la qualité de l'agent qui ne peut être qu'une personne physique, et la cessation des paiements.

[386] Les banqueroutes proprement dites ou banqueroutes stricto sensu comprennent la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse. Elles s'appliquent d'une part aux commerçants personnes physiques c'est-à-dire aux entrepreneurs individuels ayant la qualité de commerçant, d'autre part, aux associés des sociétés commerciales ayant la qualité de commerçant, autrement dit, qui sont tenus indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Il s'agit des associés des sociétés en nom collectif et des commandités dans les sociétés en commandite simple. Lire à cet effet SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, *op.cit*., p. 348.

[387] On distingue les infractions assimilées à la banqueroute simple et celles assimilées à la banqueroute frauduleuse.

[388] Elle découle du fait de contracter sans recevoir des valeurs en échange des engagements jugés trop excessifs, de l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements, de l'emploi des moyens ruineux pour se procurer des fonds, de la tenue irrégulière de la comptabilité, de ne pas déclarer son état de cessation des paiements sans excuse légitime (article 228 du nouvel AUPCAP).

[389] Elle relève de la soustraction de la comptabilité, du détournement ou de la dissipation de tout ou partie d'actif, de l'exercice d'une profession commerciale contrairement aux exigences légales, du fait de payer un créancier au préjudice de la masse, de la stipulation avec un créancier des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse, de la présentation d'un compte de résultats inexact ou incomplet (article 229 du nouvel AUPCAP).

[390] Elle émane du fait pour les dirigeants sociaux de consommer les sommes appartenant à la personne morale en faisant les opérations de pur hasard ou des opérations fictives (par exemple, payer un créancier au préjudice de la masse), faire des achats en vue de la revente en dessous du cours ou utilisation des moyens ruineux pour se procurer des fonds dans l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements de la personne morale, etc. (article 230 du nouvel AUPCAP).

[391] Ceci s'explique dans la mesure où le dirigeant est un associé ayant la qualité de commerçant. Il ressort en effet de l'article 227 du nouvel AUPCAP que la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse s'appliquent aux commerçants personnes physiques, aux associés des sociétés commerciales qui ont la qualité de commerçants. C'est dire que le dirigeant non associé et le dirigeant associé n'ayant la qualité de commerçant sont soumis aux infractions assimilées à la banqueroute. L'article 28 de la loi du 10 juillet 2003 précitée assimile ces infractions à la banqueroute simple.

une somme plus élevée que les fonds déposés, le dirigeant prêteur détourne l'actif ou augmente le passif. C'est à juste titre qu'intervient la banqueroute frauduleuse.

Le moment du détournement est d'une grande utilité dans la détermination de l'infraction. Lorsque le détournement est antérieur à la date de cessation des paiements, les faits doivent nécessairement être qualifiés d'abus de biens sociaux. S'il lui est par contre postérieur, c'est la banqueroute qui est retenue, d'où la nécessité pour les magistrats de fixer avec suffisamment de précision la date de cessation des paiements. Cependant, s'il est vrai que le délit de banqueroute suppose, selon les articles 228 et 229 du nouvel AUPCAP, un état de cessation des paiements, il reste tout aussi vrai qu'il n'est pas toujours nécessaire que cet état soit constaté par la juridiction commerciale. Le législateur OHADA a ainsi pris ses distances avec le législateur français de qui il s'est pourtant inspiré afin de retenir une conception plus large que celle retenue en droit français, où le délit de banqueroute suppose l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. C'est dire qu'en droit français, il faut non seulement la cessation des paiements, mais elle doit être constatée par la juridiction compétente[392]. En droit OHADA par contre, la cessation des paiements pourra être retenue de manière plus souple[393]. De la sorte, la banqueroute sera retenue que la cessation des paiements ait été constatée ou non par une juridiction commerciale.

186. Si l'on s'en tient à la notion de cessation des paiements pour retenir l'infraction d'abus de biens sociaux ou la banqueroute, l'on serait forcement amené à dire que le dirigeant de l'entreprise en règlement préventif ne peut être que coupable de l'infraction d'abus de biens sociaux, car l'entreprise en règlement préventif n'est pas en cessation des paiements. Pourtant, la banqueroute s'applique également aux dirigeants des entreprises en règlement préventif. Nous pensons à cet effet qu'il serait judicieux de s'appesantir sur la notion de procédures collectives afin de qualifier l'infraction plutôt que de partir de la cessation des paiements. De la sorte, les difficultés d'application de l'infraction de banqueroute seront résolues.

[392] YAWAGA (S.), « Infractions relatives aux procédures collectives d'apurement du passif », in POUGOUE (P.-G.) (dir.), Encyclopédie du droit OHADA, *op. cit.*, p. 1005.

[393] En droit OHADA, c'est la cessation des paiements qui constitue une condition de la banqueroute, alors qu'en droit français, c'est le jugement constatant cette situation qui permet de déterminer l'infraction commise.

Au delà de ce conflit de qualification, le dirigeant titulaire d'un compte courant d'associé a intérêt, s'il veut échapper à toute sanction, à faire en sorte que le solde de son compte courant demeure toujours créditeur pour la société et, s'il venait à être débiteur, à tout faire pour mettre un terme rapidement à cette situation. À défaut, le risque plane.

À ces risques encourus par le titulaire de compte s'ajoutent les risques encourus par la société.

187. La difficulté de l'entreprise peut survenir lorsque les fonds déposés par les associés ne sont pas « *bloqués* » en compte. L'éventualité d'un important et brusque retrait de fonds révèle alors, en l'absence d'aménagement conventionnel des obligations du titulaire du compte, le caractère trop précaire de cette source de financement[394]. L'éventualité d'un brusque retrait est-elle sans doute, en raison de la solidarité économique entre entreprises liées, limitée lorsque le titulaire du compte est une personne morale. Mais lorsque le titulaire du compte est une personne physique, la pratique révèle que des demandes en remboursement sont, notamment en cas de mésentente entre les associés, maintes fois formulées.

188. Les comptes courants d'associés peuvent en outre constituer un instrument de « *pillage de l'actif social* ». Certains y voient une source de financement traditionnelle de fraude. Certains dirigeants ou associés personnes physiques n'hésitent pas à se faire consentir des découverts en compte courant et à détourner ainsi, dans un but personnel, une partie de l'actif social. Plusieurs abus de biens sociaux sont d'ailleurs commis par l'intermédiaire des comptes d'associés. Les avances en compte courant correspondent donc à une distorsion de l'institution lorsque le prêteur est une personne physique. Cependant, lorsque le prêteur est une personne morale, le compte d'associé peut valablement constituer, dans les sociétés de capitaux telles que la société anonyme, un instrument de financement interentreprises et, en conséquence, enregistrer des découverts. Ces découverts tout comme les avances en compte consenties par la société prêteuse à la société emprunteuse peuvent exposer la société prêteuse à des difficultés sérieuses. Le soutien apporté par la société mère à la filiale sous forme d'avances en compte peut compromettre l'activité de la société mère. À l'inverse, il peut arriver que les sociétés contrôlées octroyant des découverts en compte soient peu à peu vidées de

[394] URBAIN-PARLEANI, (I.), *Les comptes courants d'associés*, *op.cit.*, p. 19.

leurs ressources, par les prêts successifs octroyés à la société mère. Ces dangers ne sont pas toutefois inhérents au mécanisme de compte courant d'associés mais rejoignent le problème plus général des limites dans lesquelles doivent être accordés les prêts interentreprises.

189. Les comptes courants d'associés peuvent de plus constituer un instrument de transfert de bénéfices par le biais d'un versement d'intérêts anormalement élevés. Dans ce cas, la collectivité des associés ne reçoit qu'un « *dividende symbolique* ». Une différence de traitement est en conséquence opérée entre associés majoritaires et associés minoritaires. Les comptes courants d'associés peuvent ainsi contribuer à renforcer la tendance déjà existante des petites et moyennes entreprises (PME) à ne pas distribuer de dividendes. Enfin, les dépôts en compte d'associés sont parfois systématiquement préférés à une augmentation du capital et ce, au détriment d'un bon équilibre avec le capital social[395].

Les risques auxquels sont exposés le prêteur et l'emprunteur dans les avances en compte courant ne sauraient remettre en question l'efficacité d'un tel instrument de financement au regard de la place qu'il occupe dans le financement de l'entreprise en difficultés. En effet, au lieu de constituer un financement direct, les avances en compte courant peuvent plutôt financer l'entreprise en difficultés de façon indirecte.

B. Les avances en compte courant dans le financement indirect de l'entreprise en difficultés

190. Les comptes d'associés permettent à l'entreprise en difficultés d'accéder au financement. S'ils constituent l'instrument d'un contrat de prêt, ils sont également aujourd'hui un instrument de gestion financière qui offre aux entreprises, la possibilité de se procurer les fonds nécessaires à leur équipement et à leur exploitation. Ils sont une source de financement interne, mais permettent aussi à ces entreprises d'obtenir des concours bancaires tout en les garantissant. Cet aspect essentiel de leur fonction est méconnu. Il est pourtant fondamental dans les petites et moyennes entreprises ainsi que dans les groupes de sociétés réunissant les entreprises de petite taille. En revanche, le rôle

[395] URBAIN-PARLEANI, (I.), *Les comptes courants d'associés*, *op.cit.*, p. 19.

des comptes d'associés est secondaire, mais non négligeable dans les sociétés ayant une dimension économique importante[396].

191. Quoiqu'il en soit, les comptes d'associés permettent fréquemment aux entreprises d'accéder à des concours bancaires et de les garantir. Les banques subordonnent fréquemment leur concours à un apport de fonds en compte et à un aménagement conventionnel des obligations du titulaire du compte (1). Ces dépôts, lorsqu'ils sont assortis d'engagements particuliers du titulaire du compte, renforcent la structure financière de l'entreprise et constituent ainsi une garantie indirecte pour les banques. Mais, les comptes d'associés peuvent également, et à titre principal, constituer une garantie directe des crédits bancaires (2), ce qui est du reste intéressant au regard des risques liés aux avances en compte dans le financement indirect de l'entreprise (3).

1. Les avances en compte courant condition d'obtention des crédits bancaires par un aménagement conventionnel des obligations du titulaire du compte.

192. Les avances en comptes courants d'associés ne peuvent permettre à l'entreprise d'obtenir des financements bancaires, que si le titulaire du compte accepte certains engagements particuliers. Le titulaire du compte d'associé est dans cette perspective amené à souscrire des conventions de blocage de fonds en compte (a) et à renoncer parfois à l'égalité chirographaire afin de ne pas compromettre le recouvrement des créances bancaires (b).

a. Le blocage des fonds en compte

193. Les comptes courants d'associés peuvent faire l'objet d'un engagement de blocage sur un certain temps et pour un certain montant. On parle alors de comptes courants bloqués. Cet engagement est souvent souscrit à la demande des banques qui souhaitent que les associés s'engagent à laisser à la disposition de la société, pour une durée définie, une somme d'argent. Par cette convention de blocage[397], les associés

[396] La puissance économique de ces groupes de sociétés permet, en général à la société mère et aux filiales d'accéder aisément à des concours bancaires et de trouver des souscripteurs pour leur augmentation de capital.
[397] La convention de blocage des sommes versées en compte permet de garder ces sommes dans le patrimoine de la société car elles sont considérées comme des quasi-fonds propres.

s'obligent vis-à-vis de la société, à rendre les sommes déposées indisponibles pendant la période stipulée. Ainsi, les associés prêteurs ne peuvent pas récupérer leurs fonds sur simple demande avant l'expiration de ladite période.

L'engagement de blocage en compte traduit la spécificité que présentent bien souvent les dépôts en comptes d'associés, assimilables alors à des quasi-fonds propres.

194. Lorsqu'elle est conclue entre l'associé et la société, la convention de blocage répond généralement à une exigence des banquiers. Ceux-ci subordonnent en effet leur concours au respect de ratios qui prennent en considération non seulement les fonds propres de l'entreprise, mais également les quasi-fonds propres. Ce blocage des fonds en compte, parce qu'il traduit le sérieux et la permanence des engagements des principaux associés, autorise les bailleurs de crédit à une certaine confiance dans la stabilité financière de l'entreprise. Les fonds ainsi bloqués ne sont pas de simples crédits de trésorerie mais assurent véritablement une fonction de financement. Le blocage des fonds en compte renforce donc la structure financière de l'entreprise en limitant le déséquilibre existant généralement entre fonds propres et fonds d'emprunt.

Si la convention de blocage lie juridiquement l'associé et la société, l'intérêt des banquiers pour ce type d'engagement est tel, qu'ils exigent très fréquemment de titulaires de comptes qu'ils souscrivent envers la banque une « promesse de blocage ». Quelquefois, et plus simplement, les établissements de crédit demandent aux dirigeants d'obtenir ces engagements de blocage et de les communiquer à la banque.

195. Le blocage des fonds en compte n'est soumis à aucun formalisme particulier. La simple signature d'un engagement suffit. Le contenu des conventions est toutefois variable et leur efficacité juridique, bien que certaine, doit être tempérée.

En ce qui concerne le contenu des conventions de blocage, elles doivent préciser en premier lieu le montant des fonds bloqués, et, en second lieu, la durée du blocage.

Le montant des fonds bloqués est précisément arrêté et peut être révisé à la hausse en fonction des engagements de l'entreprise.

196. Les stipulations relatives à la durée du blocage témoignent en revanche d'une certaine diversité. Elles reflètent fréquemment les préoccupations des établissements de crédit. La durée du blocage peut être à terme certain. Les fonds sont alors bloqués soit pour une durée précise, soit pour une durée calquée sur celle des crédits accordés par la

banque pour une opération ponctuelle. Le blocage peut également être à terme incertain. La convention peut alors subordonner le déblocage au commun accord de la société et du titulaire du compte, voire même à l'approbation de l'établissement de crédit finançant l'entreprise. Mais, les banquiers imposent le plus souvent, une clause fort contraignante stipulant que les fonds seront bloqués en compte tant que la banque n'aura pas été intégralement remboursée du montant en capital, intérêts, frais et accessoires des engagements de la société à quelque titre et pour quelque cause que ce soit dans l'un quelconque de ses guichets .

197. Relativement à l'efficacité de la convention de blocage, celle-ci est juridiquement fragile. Elle recouvre à la fois un engagement par la société de ne pas rembourser les fonds avant le terme convenu, et un engagement de l'associé de ne pas accepter le remboursement desdits fonds. Toutefois, en cas de non respect de cette obligation de ne pas faire[398], le remboursement effectué n'en est pas moins valable et opposable au banquier. De la sorte, le blocage d'un compte d'associé ne constitue finalement qu'une garantie indirecte. C'est assurément la raison pour laquelle ces conventions sont généralement assorties de garanties supplémentaires telles le nantissement du solde du compte à première demande ou bien encore d'engagements de cession d'antériorité ou de dernier rang. Ces deux types d'engagement recouvrent alors une renonciation du titulaire du compte à l'égalité chirographaire.

b. La renonciation à l'égalité chirographaire

198. Deux types de stipulations sont généralement exigés des titulaires de compte parallèlement à leur engagement de blocage de fonds en compte. En effet, afin de ne pas compromettre la capacité d'emprunt de l'entreprise et surtout, afin d'assurer au banquier ou à l'ensemble des créanciers de l'entreprise une situation favorable pour le remboursement de leurs créances, les associés souscrivent généralement soit un engagement de cession d'antériorité de créance, soit un engagement de dernier rang.

La cession d'antériorité de créance désigne traditionnellement la convention par laquelle deux créanciers ayant une sûreté sur un même bien modifient le rang

[398] Sur les obligations de ne pas faire, voir BENABENT (A.), *Droit civil Les obligations*, 11e éd., Montchrestien, juillet 2007, pp. 120 et s.

qu'occupent leurs sûretés, l'une par rapport à l'autre. La validité de l'opération n'est pas contestée. Le même qualificatif est également utilisé par la pratique pour désigner la convention par laquelle le créancier d'une entreprise s'engage envers un autre créancier - en général un banquier- à ne pas demander ou accepter le remboursement de sa créance tant que celui-ci ne sera pas intégralement remboursé. Afin que leurs créances s'effacent devant celles que les banquiers ont acquises ou vont acquérir à raison des crédits consentis à l'entreprise, les titulaires des comptes d'associés sont fréquemment invités par les établissements de crédits à souscrire de tels engagements.

La cession d'antériorité de créance est très souvent l'une des conditions d'obtention des crédits bancaires. La diversité des formules[399] utilisées reste toutefois sans incidence sur la valeur juridique de cet engagement contractuel.

L'engagement de cession d'antériorité de créance souscrit par l'associé est licite. Si le droit à l'égalité est un droit propre reconnu à tout créancier[400], aucune disposition du droit OHADA n'interdit, en effet, d'y renoncer. Une telle renonciation, effectuée fréquemment, postérieurement au prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective, peut également intervenir avant l'ouverture de la procédure de concours.

Si la validité de l'engagement de cession d'antériorité de créance n'est pas contestable, la garantie qu'il confère au banquier est néanmoins fragile. En effet, en cas de manquement à l'engagement d'antériorité, le remboursement effectué est valable et opposable au créancier bénéficiaire de la promesse.

199. Pour ce qui est de la clause de dernier rang, elle s'entend d'une clause par laquelle le créancier d'une entreprise renonce, en cas de procédure collective, à venir en concours avec l'ensemble des créanciers et n'accepte de n'être remboursé qu'après paiement de ceux-ci. Si cette clause trouve toute sa place lorsque le crédit est octroyé à

[399] Des formules types dénommées *« lettre de cession d'antériorité de créance* » ont été élaborées par certaines banques. Il peut également être précisé selon une formule différente que l'associé s'engage « *à faire verser directement au banquier le montant de tous dividendes ou répartitions qui pourraient lui être attribués* », et ce jusqu'à ce que la banque soit intégralement désintéressée.

[400] Sur l'égalité des créanciers, voir COUDERT (J. L.), « Dans les procédures collectives, l'égalité des créanciers est-elle un mythe ou une réalité ? » *Les Petites Affiches*, nº 103, 26 août 1992, pp. 12-15 ; CABRILLAC (M.), « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA*, Dalloz, 1991, pp. 31-39 ; TCHAKOTEU MESSABIEM (L.), *La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif OHADA, par comparaison avec le droit français*, op. cit., p. 297-347 ; NANDJIP MONEYANG (S.), « Réflexion sur l'égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA », *Revue des Procédures Collectives*, n° 4, juillet 2010, 25e année, p. 24-35 ; SENECHAL (M.) et COUTURIER (G.), « Créanciers antérieurs : l'égalité a-t-elle vécu ? » *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n°5, 01 septembre 2012, p. 328- 332.

une entreprise in bonis, elle ne saurait sinon exister, du moins produire pleinement ses effets lorsque le crédit est octroyé à une entreprise en difficultés. L'existence de la priorité de paiement reconnue aux partenaires financiers postérieurs de l'entreprise en difficultés est assurément ce qui justifie en principe l'inadéquation de la clause de dernier rang. Si cette hypothèse se vérifie aisément lorsqu'un seul créancier bénéficie de la priorité de paiement, alors que les autres créanciers de l'entreprise ont la qualité de créanciers antérieurs, elle ne saurait se vérifier lorsque plusieurs créanciers postérieurs viennent en concours. Dans ce dernier cas, la clause de dernier rang peut permettre à l'un d'être désintéressé avant les autres. L'un des créanciers postérieurs peut renoncer à venir en concours avec les autres créanciers postérieurs et accepter de n'être remboursé qu'après paiement de ceux-ci. Le créancier de dernier rang conserve cependant le droit d'obtenir remboursement de sa créance avant toute restitution aux associés de leurs apports.

L'associé, créancier de dernier rang, est un créancier chirographaire qui étend à l'ensemble des créanciers de l'entreprise le bénéfice de la renonciation de son rang.

Les comptes d'associés, s'ils permettent ainsi d'accéder à des crédits bancaires dès lors que le titulaire du compte a souscrit certains engagements particuliers, peuvent également constituer un instrument de garantie des crédits bancaires.

2. Les avances en compte, garantie des crédits bancaires

200. Le compte courant d'associé est fréquemment utilisé comme instrument de garantie des crédits octroyés par les établissements de crédit, ou, mais plus rarement, par un tiers à l'entreprise. C'est ainsi que la créance inscrite en compte fait parfois l'objet d'un nantissement (a). Elle peut également être cédée ou déléguée à titre de garantie (b).

a. Le nantissement du solde du compte

201. Aux termes de l'article 125, alinéa 1 de l'AUS, « *le nantissement est l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à*

condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables ». Afin de faciliter l'obtention du crédit bancaire, l'associé peut consentir à ce que le solde de son compte soit affecté à la garantie des engagements de la société en difficultés[401].

L'associé, titulaire du compte et constituant du gage n'est pas débiteur de la créance garantie, mais un gage peut être valablement donné par un tiers pour le débiteur[402]. Il s'agit d'ailleurs d'une caution réelle[403] puisqu'elle est un gage fourni par un tiers. Cette sûreté, quoique inefficace en cas de survenance d'une procédure collective, est néanmoins recherchée par certains banquiers car elle leur permet de s'assurer du maintien des fonds dans l'entreprise et, par là-même, de la stabilité de la structure financière de leur client.

202. La constitution de cette garantie suppose que le solde du compte soit arrêté. Le montant de la créance mise en gage est ainsi déterminé. La créance nantie s'entend d'un solde créditeur. La dette garantie est également précisément identifiée. Si celle-ci peut résulter d'un prêt déterminé octroyé par la banque, le nantissement de la créance de l'associé est généralement affecté à la garantie de l'ensemble des engagements de la société envers la banque. Le constituant du gage précise qu'il n'existe aucune opposition pouvant empêcher la réalisation du gage.

Le nantissement de la créance de l'associé suppose que certaines formalités de constitution soient respectées. En cas de non paiement de la créance garantie, le banquier procédera alors à la réalisation du gage.

203. Relativement à la constitution du nantissement de créance, la sûreté constituée par un associé, en garantie des engagements de la société envers son banquier, s'analyse en un gage commercial[404]. La mise en gage de créances, même commerciales, doit donner

[401] Observons que le nantissement du compte courant d'associé est un nantissement de créance.
[402] Article 2077 du C.civ.
[403] Sur le cautionnement réel, lire TCHOUAMBIA TOMTOM (L. J. B.), *Le cautionnement réel en OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2004.
[404] Le nantissement de créance est également commercial lorsqu'il est constitué en garantie d'un prêt consenti à la société par un non commerçant. C'est par exemple le cas d'un prêt effectué par un particulier à la société et négocié par un notaire. Il faut en effet appliquer au gage un statut unique. La qualification d'acte mixte doit par conséquent être rejetée. L'on admet alors que le gage est commercial dès lors que la dette du débiteur est commerciale. La nature du gage est donc fonction de la nature civile ou commerciale de la dette garantie. La qualité des parties est indifférente et le critère de qualification purement objectif. La qualité de caution réelle du constituant du gage reste donc sans influence.

lieu à la rédaction d'un écrit[405]. Si cette exigence en fait un acte solennel, il s'agit moins d'imposer un formalisme de protection que d'obliger les parties à déterminer clairement les créances garanties et les biens grevés, conformément au principe de la spécialité qui s'applique à l'ensemble des sûretés réelles[406]. La sûreté est donc valablement constituée entre les parties à compter de la date figurant dans l'acte. À la différence de l'ancien droit qui exigeait un écrit dûment enregistré, le nouvel Acte uniforme ne fait aucunement allusion à l'enregistrement[407]. Une telle innovation s'explique à coup sûr parce que l'écrit constitue en l'état actuel du droit une condition de validité du gage et non une condition d'opposabilité comme c'était le cas avant ladite réforme. La nécessité d'un écrit dûment enregistré en droit commercial n'a jamais fait l'unanimité de la doctrine. Certains auteurs, l'ont d'ailleurs pertinemment critiquée en observant que l'exigence d'une date certaine n'a pas cours en droit commercial et que seule la notification devrait être exigée. Il n'est donc pas nécessaire que l'écrit ait acquis date certaine, si bien qu'un acte sous seing privé non enregistré est suffisant. Cette position qui nous paraît pertinente à largement inspiré le législateur africain qui n'a mis l'accent que sur l'écrit et la notification.

204. Les nantissements obéissent, comme toutes sûretés réelles, à un formalisme qui a en premier lieu pour but, d'informer les tiers de l'existence de la sûreté afin que le créancier nanti puisse leur opposer son droit : c'est la notification[408]. Il ressort de l'article 132 de l'AUS que pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte de nantissement. Cette

[405] Article 127 AUS. L'écrit est dorénavant la condition de validité de tout gage. De la combinaison des articles 96 et 127 de l'AUS Il ressort qu'à peine de nullité, le contrat de gage tout comme le nantissement doit être constaté dans un écrit. En effet, l'ancien Acte uniforme sur les sûretés prévoyait en son article 49 que le contrat de gage n'est opposable aux tiers que s'il est constaté par un écrit. L'écrit n'était donc qu'une condition d'opposabilité.

[406] BLACK YONDO (L.), BRIZOUA-BI (M.), FILLE LAMBIE (O.), LAISNEY (L.-J.) et MARCEAU-COTTE (A.), *Le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, la reforme du droit des sûretés OHADA*, Lamy, juillet 2012, p. 229.

[407] En l'absence d'exigence d'enregistrement, la contestation de l'exactitude de la date peut être opérée par tous moyens, et c'est au créancier nanti que revient la charge de la preuve concernant la date de l'opération, si cette dernière est contestée. Cette solution est empruntée à la cession de créance professionnelle à titre de garantie de droit français dite «cession Dailly ». Pour éviter les contestations, il est toujours possible de procéder l'enregistrement. Il est par ailleurs possible que, dans certains pays membres de l'OHADA, l'inscription au RCCM de la sûreté soit conditionnée par l'enregistrement, sur la base d'un texte national. D'un strict point de vue juridique, une telle exigence se heurterait à la supériorité de l'AUS en tant que norme de droit ayant supprimé la formalité de l'enregistrement, et le greffier pourrait engager sa responsabilité ce faisant. BLACK YONDO (L.), BRIZOUA-BI (M.), FILLE LAMBIE (O.), LAISNEY (L.-J.) et MARCEAU-COTTE (A.), *Le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, la reforme du droit des sûretés OHADA, op. cit*., p. 229.

[408] Matériellement, la notification consiste à remettre au débiteur de la créance nantie une copie de l'acte constatant le gage.

formalité permet de s'assurer que le débiteur de la créance nantie c'est-à-dire, en l'espèce, la société, a une connaissance certaine et réelle du nantissement.

Cette formalité n'est pas obligatoire[409]. Mais, en l'absence de notification, seul le constituant du nantissement reçoit valablement paiement de la créance, à charge d'en verser le montant au créancier nanti. À cette notification est assimilée l'acceptation de la mise en gage par le débiteur dans un acte authentique.

205. Outre l'écrit et la notification, le créancier nanti doit être mis en possession de la créance donnée en nantissement. Cette dernière condition relève de ce que le nantissement de créance est considéré comme un gage avec dépossession. Il ne sera donc valablement constitué qu'autant que le créancier nanti sera mis en possession du bien. La dépossession du constituant n'étant pas considérée comme satisfaite par la seule signification de l'article 132 de l'AUS, il reste qu'une formalité est nécessaire pour réaliser cette dépossession : c'est la remise du titre de créance au créancier[410]. Ainsi, le titulaire du compte devrait-il remettre au banquier un titre matérialisant son droit de créance sur la société[411]. En pratique toutefois, cette remise n'est pas effectuée aussi bien en matière de nantissement du solde d'un compte d'associé qu'en matière de nantissement d'un compte bancaire. Plusieurs raisons sous tendent cette absence de remise. D'abord, la remise d'un titre de créance n'a aucune valeur dès lors que le droit ne s'est pas incorporé dans le titre. Rien n'empêche alors un débiteur ou un tiers de remettre de faux documents à plusieurs créanciers. La remise du titre ne peut donc protéger un créancier comme la remise d'un bien corporel. Ensuite, la remise du titre n'est pas possible lorsque le titre n'existe pas. Enfin, l'exigence de remise du titre fait double emploi avec l'exigence de signification si l'on admet que cette dernière à une fonction de mise en possession. Il semblerait du reste que le non respect de la remise du titre n'ait pas encore soulevé de difficultés. Les tribunaux n'ont pas été appelés à se prononcer sur les conséquences de cette attitude.

[409] Le créancier nanti a le choix entre, d'une part, notifier le nantissement, ce qui lui garantit que la créance sera payée entre ses mains ou, d'autre part, se contenter d'un nantissement occulte, qui laisse le soin au constituant de poursuivre le recouvrement de la créance nantie sur le fondement d'un mandat tacite ou conventionnel.
[410] URBAIN-PARLEANI (I.), *Les comptes courants d'associés*, *op. cit*. p. 353.
[411] L'associé n'est pas généralement possesseur d'un tel titre mais rien ne s'opposerait à ce que la société se reconnaisse par écrit débitrice de l'associé.

206. Cette exigence de la remise du titre est unanimement critiquée[412]. La dépossession du constituant devrait être considérée comme satisfaite par la seule notification. En effet, la remise du titre ne devrait se révéler aux tiers comme celle d'un meuble corporel. Cette solution porte en elle-même un vice. Nous pensons à cet effet que la notification devrait faire office de mise en possession du créancier gagiste lorsque la créance n'est pas constatée par un titre.

207. En ce qui concerne la réalisation du gage, elle se fait en cas de non paiement de la dette garantie ou lorsque la société ne peut faire face à l'ensemble de ses engagements envers la banque. Une distinction doit cependant être faite selon que la société est déjà in bonis ou bien au contraire si elle est toujours confrontée à des difficultés au moment où le banquier veut rentrer en possession de son dû. Certes, le banquier, pourvoyeur de crédit à une entreprise en difficultés bénéficie de la priorité de paiement. Mais s'il s'avère que le paiement prioritaire n'est pas effectué soit parce que l'entreprise n'a pas encore retrouvé tout son équilibre financier, soit parce que l'ayant retrouvé, le banquier vient en concours avec d'autres bénéficiaires du privilège. Dans ces deux cas, il pourra réaliser la garantie à lui consentie afin de recouvrer sa créance.

208. En raison de son particularisme, les effets du nantissement de créance se sont écartés du schéma classique du droit de préférence exercé par le créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle sur le prix de vente du bien grevé. En réalité, le nantissement de créance est construit autour du principe selon lequel dès l'instant où il est notifié au débiteur de la créance nantie, seul le créancier reçoit valablement paiement de la créance nantie. Ce dernier peut, sans autre formalité, imputer le montant payé au titre de la créance nantie sur ce qui lui est dû au titre de la créance garantie, dès lors que cette dernière est échue.

Pour appliquer le principe du paiement exclusif au créancier nanti, le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés tient compte de la chronologie entre l'échéance de la créance garantie et celle de la créance nantie. Deux situations peuvent à cet égard se présenter.

[412] DERUPPE (J.), « Nantissement des créances »in Répertoire du droit commercial, Encyclopédie juridique, Dalloz, vol. 1, 2e éd., 1974, n° 9 ; HAMEL (J.), LAGARDE (G.) et JAUFFRET (A.), *Traité de droit commercial*, T 2, Dalloz, 1966, p. 370 ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial*, T 2, 9e éd., L.G.D.J., 1981, p. 497 ; MARTY (G.) et REYNAUD (P.), *Droit civil, T 3, 1er Vol. Les sûretés. La publicité foncière*, Sirey, 1971, p. 46.

209. La réalisation de la garantie peut se faire préalablement à l'échéance de la créance garantie. Elle peut également se faire préalablement à l'échéance de la créance nantie. Dans le premier cas, la créance nantie vient à échéance avant la créance garantie. Le banquier n'a pas le droit de s'approprier les sommes reçues, car cette appropriation vaudrait paiement de la créance garantie qui n'est pas encore exigible. Cette solution, inspirée du droit français, a été préférée à celle de l'article 56-2[0] de l'ancien AUS qui prévoyait l'imputation immédiate des paiements reçus sur la créance garantie. De la sorte, le nantissement de la créance de l'associé peut, dans cette hypothèse, confronter le banquier à une difficulté. Il ne pourra alors en recevoir le montant. Il se heurte à la règle édictée par l'article 134, alinéa 1de l'AUS et ne peut par voie de conséquence être payé avant l'échéance. Cet article prévoit en effet que *« le créancier nanti conserve les sommes à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir, à charge pour lui de les restituer au constituant si l'obligation garantie est exécutée »*. Il s'agit d'un compte ouvert au nom du créancier nanti, sans que le texte précise qu'il s'agit d'un compte spécial ou bloqué. Le mécanisme proposé est simple et efficace pour son bénéficiaire puisqu'il se dénoue par compensation : en cas de défaillance du débiteur de la créance garantie, et huit jours après une mise en demeure restée infructueuse, le créancier pourra affecter les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées.

210. Relativement à la deuxième hypothèse qui est celle où la créance garantie arrive à échéance avant la créance nantie, le banquier créancier dispose d'une option. Il peut se faire attribuer la créance, soit par voie judiciaire[413], soit par l'effet d'un pacte commissoire[414]. S'il a pris soin de notifier le nantissement, il sera seul en droit de recevoir le paiement de la créance nantie. La notification est donc ce qui confère à la sûreté son efficacité. Elle confère au créancier un véritable droit exclusif au paiement. Ce droit serait suffisant pour assurer la protection de son bénéficiaire quand bien même ce dernier

[413] Le créancier nanti peut, s'il le préfère, user de la faculté offerte par l'article 104, alinéa 2 de l'AUS et demander au juge de lui attribuer la créance nantie après expertise. Cette dernière entraîne à l'évidence retard et frais.

[414] L'introduction du pacte commissoire est une autre innovation importante du nouvel AUS. Il est autorisé pour tous les nantissements à l'exception du nantissement de fonds de commerce. Les aléas des procédures judiciaires sont ainsi évités, tout en assurant la protection des droits du constituant puisque le pacte commissoire est strictement encadré par des règles protectrices des droits du constituant (il faut que le bien apporté en garantie soit une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle ou pour les autres biens, que le débiteur de la dette garantie soit un débiteur professionnel et que la valeur du bien soit fixée à dire d'expert).

cherchera à réaliser la garantie alors que l'entreprise fait toujours l'objet d'une procédure collective[415].

211. De plus, le législateur africain accorde un traitement privilégié au créancier gagiste fut-il antérieur ou postérieur. Le banquier créancier postérieur ne devrait donc au regard de ce privilège souffrir d'un quelconque risque de non recouvrement de sa créance à l'échéance. C'est sans doute la raison pour laquelle cette technique de garantie est autant prisée en pratique. C'est dire l'importance du compte courant d'associé qui peut également faire l'objet d'une cession ou d'une délégation qui constituent les procédés classiques de transmission des créances aujourd'hui utilisés comme garantie des crédits.

b. L'affectation de la créance à la garantie des prêts bancaires par les techniques juridiques de transmission des créances

212. Plusieurs procédés classiques de transmission de créance sont de nos jours utilisés aux fins de garantie des crédits. C'est ainsi que la créance inscrite en compte est parfois cédée au banquier à titre de garantie (i) ou bien encore déléguée (ii).

[415]Aucun sacrifice ne saurait être imposé au banquier créancier postérieur qui a fait confiance à l'entreprise alors qu'elle était déjà soumise à une procédure collective. Même si un sacrifice venait à lui être imposé, cela ne serait possible qu'à l'égard du débiteur, l'entreprise en difficultés, et aucunement à l'égard de la caution, fut-elle réelle. Le banquier qui entend donc réaliser sa sûreté alors que l'entreprise est encore en difficultés peut le faire sans la crainte d'une faute quelconque. Dès lors que la société débitrice ne peut honorer ses engagements envers le banquier créancier en raison d'une procédure collective, celui-ci doit pouvoir exercer une sûreté qui porte sur une créance et dont l'exercice n'est soumis qu'à une condition, la défaillance du débiteur principal. Sur les sacrifices imposés aux créanciers de l'entreprise en difficultés, voir Tribunal de grande instance de Ouagadougou (Burkina Faso), Jugement n° 316/2005 du 22 juin 2005, Sté GIB-CACI-B c/ Banque Internationale du Burkina (BIB). Ohadata J-07-225 ; Tribunal de Grande de Ouagadougou (Burkina Faso), Jugement n° 374/2005 du 06 juillet 2005, Sté Internationale Faso Export-SSA (IFEX-SA) c/ Bank of Africa (BOA). Ohadata J-07-229. Tribunal de Grande de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), Jugement n° 326 du 07 novembre 2001, Sté de Représentation et de Distribution de Produits Chimiques à usage Agricole c/ Sté F.S-SA. Ohadata J-07-212 ; Tribunal de Première instance de Douala- Ndokoti, Jugement n°09/COM du 12 juin 2003, affaire MUSI GOLFRED NJOH c/ KEMGO Richard (Représentant de NDOMBEU Gabriel). Ohadata J-07-205; Tribunal de Grande de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), Jugement n° 326 du 07 novembre 2001, Sté de Représentation et de Distribution de Produits Chimiques à usage Agricole c/ Sté A Cotee-d'Ivoire (ACS-CI), observations du Professeur ISSA SAYEGH. Ohadata J-07-208 ; Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre civile, arrêt n° 094 du 04 mai 2007, Sté IFEX c/ SCPA TOU & SOME. Ohadata J-10-219 ; Cour d'appel de Zinder, Chambre judiciaire, arrêt n° 40.bis du 26 juillet 2007, liquidation O. c/ Me D. O. Ohadata J-09-171; Cour d'appel du Littoral, arrêt n° 95/REF du 15 mai 2006, affaire La Sté S.D.V Cameroun SA c/ Sté SACAM SARL. Ohadata J- 07- 176 ; Cour d'appel du Littoral à Douala, arrêt n°115/CC du 25 avril 2003, Sté SOPARCA c/Centrale de Sécurité et de prestations. Ohadata J- 06- 163 ; Cour d'appel de Dakar, arrêt n°261du 27 avril 2001, SCI TERANGE c/Abdoulaye DRAME. Ohadata J- 06- 114 ; Cour d'appel de Dakar, arrêt n°222 du 12 avril 2001, Abdoulaye DRAME es-qualité liquidateur de la Nationale d'Assurance c/ CBAO S.A Mamadou NDIAYE et 24 autres. Ohadata J- 06- 59 ; Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre sociale, arrêt n°33 du 16 avril 2002, FASO FANI c/ OUEDRAOGO Charles E. Valentin. Ohadata J- 07- 217 ; Tribunal hors classe de Dakar, Jugement commercial n° 42 du 11/07/2003. Affaire : La Sté FROID CLIMATIC c/ Compagnie AIR AFRIQUE. Ohadata J-09-339 ; Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Jugement n° 101/2005 du 02 mars 2005, Michel S. SANOU Syndics liquidateurs de la SOREMIB c/ La Sté OSCAR Industries LTD International (Headquarier Compagny). Ohadata J-07-232.

i. La cession de créance à titre de garantie

213. La cession de créance est une convention par laquelle le créancier cédant transfère à une autre personne le cessionnaire, sa créance contre le débiteur cédé[416]. Elle est avant tout un mécanisme d'extinction des obligations très souvent utilisé à titre de garantie.

La cession de créance est de longue date, un procédé économique et financier de garantie. Généralement, les banquiers exigent afin de garantir les crédits qu'ils consentent, que la créance matérialisée par le compte leur soit transmise. La question qui mérite dès lors d'être posée est celle de savoir si une telle opération est valable en l'absence de toute réglementation en la matière. Nous pensons que l'on ne saurait douter de la validité de la cession de créance lorsqu'elle est utilisée pour conférer une garantie. Cette technique indiscutablement licite dans le silence des textes, et qui trouve son fondement dans le droit commun de la cession de créance, suppose seulement que soient respectées les formalités de l'article 1690 du C. civ.[417].

214. La nature de l'opération ainsi réalisée n'est pas sans soulever de difficultés. Si d'aucuns l'assimilent à un nantissement de créance parce qu'elle n'opère pas transfert de propriété de la créance, la doctrine moderne enseigne, en revanche, qu'elle constitue une cession en propriété et à titre de paiement. En effet, il est admis que « *la cession dite à titre de garantie est un procédé de paiement par cession de créance sous réserve de la réalisation des conditions convenues* »[418]. Cette analyse nous semble davantage conforme à la réalité de l'opération, car si le débiteur ne peut rembourser le banquier selon les modalités convenues, celui-ci conservera la créance à titre de paiement. De fait, le terme de « *garantie* » ne doit être compris qu'au sens économique et financier.

215. Un intérêt pratique non négligeable s'attache à la qualification de l'opération lorsque l'associé titulaire primitif de la créance vient à être soumis à une procédure collective. En effet, si l'on admet que cet acte de cession emporte transfert de propriété, le banquier, à la différence du simple créancier gagiste ne pourra alors être primé par un

---

[416] GATSI (J.), *Nouveau dictionnaire juridique*, 2e éd., PUL, Décembre 2009, p.61.

[417] Aux termes de l'article 1690 du C.civ., « *Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un autre acte authentique* ».

[418] VASSEUR (M.), «Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire : la cession de créance à titre de garantie », Révue Banque 1979, p. 468.

créancier privilégié. En cas de litige toutefois, il appartiendra au juge d'apprécier souverainement l'intention des parties qui avaient également la possibilité d'opter pour la délégation imparfaite qui est un autre mécanisme pouvant être utilisé aux fins de garantie des crédits bancaires.

ii. La délégation imparfaite

216. La délégation imparfaite consiste pour personne, le délégant, à demander à une autre personne, le délégué, de payer à une troisième, le délégataire, une dette en son nom[419]. Elle est un mécanisme d'extinction des obligations qui peut également être utilisé comme garantie des crédits octroyés à une société détentrice d'un compte appartenant à un associé. Dans cette perspective, la société va obtenir de l'associé qu'il prenne un engagement envers la banque. L'associé (délégué) va accepter de déférer à l'ordre de la société (délégante) à concurrence du montant de sa créance sur ladite société.

Sans doute, dans un tel montage, l'associé délégué ne doit rien à la société. Mais ceci ne fait pas obstacle au mécanisme de la délégation. Il s'agit simplement d'une délégation-libéralité.

217. Le droit du banquier délégataire sera fixé par son acceptation. Ainsi, le triple consentement de l'associé, de la société et du banquier reste nécessaire pour que la délégation puisse être opérée. Aucune autre condition n'est requise.

La volonté des parties étant de conférer à l'établissement de crédit une garantie supplémentaire, la délégation mise en place ne peut être qu'une délégation imparfaite en ce sens qu'elle n'entraîne pas libération du délégant[420]. Ce dernier reste tenu envers le délégataire qui, à l'échéance, sera même en droit de le saisir plutôt que de poursuivre le délégué. Ceci participe d'ailleurs de la garantie de l'opération. Seule donc la délégation imparfaite[421] équivaut à une garantie pour le délégataire : l'obligation nouvelle de l'associé envers le banquier s'ajoute à celle de la société envers l'établissement de crédit et le titulaire du compte courant ne pourrait se libérer en soutenant qu'il ne devait rien à la société délégante.

[419] RENAULT-BRAHINSKY (C.), Droit des obligations, *op. cit*., p.232.
[420] Article 1275 du C. civ.
[421] La délégation imparfaite est constitutive de garantie car le créancier peut poursuivre deux personnes au lieu d'une seule initialement. Voire dans ce sens, LEGEAIS (D.), sûretés et garanties du crédit, L.G.D.J., 1996, p.156.

Les comptes courants d'associés permettent ainsi d'accéder aux crédits bancaires. Ils constituent donc une technique de financement indirect.

Seulement, utilisés comme technique de garantie, les comptes courants d'associés présentent des risques sur lesquels il conviendrait de s'appesantir.

3. Les risques inhérents aux avances en compte courant dans le financement indirect de l'entreprise en difficultés.

218. Les avantages qu'offre le compte courant d'associé à la fois à l'entreprise où est tenu ledit compte et à l'établissement de crédit ne doivent pas conduire à négliger les dangers que comporte ce circuit extra-bancaire de financement.

Le compte courant d'associé utilisé comme condition d'obtention et garantie des crédits bancaires présente des dangers tant à l'égard de l'associé, de la société que de l'établissement de crédit. Toutefois, si ces risques ont pour dénominateur commun la responsabilité civile contractuelle, force est de constater qu'ils diffèrent en fonction du type d'engagement souscrit. Il conviendrait donc de les examiner selon que le titulaire du compte a consenti au blocage des fonds en compte, au nantissement du solde du compte, à l'affectation de la créance en garantie des crédits bancaires ou qu'il a renoncé à l'égalité chirographaire.

219. En ce qui concerne le blocage des fonds en compte, il présente les risques tant à l'égard de l'associé et de la société qu'à l'égard du banquier.

À l'égard du banquier, rappelons que la convention de blocage des fonds en compte est juridiquement fragile. Elle recouvre à la fois un engagement par la société de ne pas rembourser les fonds avant le terme convenu, et un engagement de l'associé de ne pas accepter le remboursement desdits fonds. En cas de non respect de cette obligation de ne pas faire, le remboursement effectué n'en est pas moins valable et opposable au banquier. Certes celui-ci dispose d'une action en dommages et intérêts contre l'associé et la société qu'il ne pourra mettre en exergue que lorsqu'il aura souscrit avec ces derniers une promesse de blocage de fonds en compte, mais cette seule perspective n'offre de toute façon qu'une sécurité très relative.

À l'égard de la société, la convention de blocage des fonds en compte fait naître une obligation de ne pas faire. Celle-ci oblige le débiteur à s'abstenir de faire un acte

particulier[422]. Elle oblige donc la société à s'abstenir d'effectuer un remboursement. Le non respect de cette obligation donne lieu à dommages et intérêts peu importants qu'elle n'ait pas été fautive. Il ressort en effet de l'article 1142 du C. civ. que « *toute obligation, de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». Il convient toutefois de mentionner que la convention de blocage de fonds en compte étant conclue entre la société et l'associé titulaire dudit compte, le banquier ne pourra rechercher la responsabilité civile de la société qu'au cas où celle-ci aura également pris un engagement envers lui.

A l'égard de l'associé titulaire du compte, plusieurs risques sont de nature à limiter les avantages de son engagement. En effet, en sus de sa responsabilité civile qui peut être recherchée lorsqu'il aura souscrit envers l'établissement de crédit une promesse de blocage des fonds en compte et qu'il n'aura pas exécuté cet engagement, l'associé court le risque de ne pas se voir restituer ses fonds en temps opportun.

220. La convention de blocage rend les sommes indisponibles pendant la période stipulée. L'associé titulaire du compte ne peut donc pas récupérer ses fonds sur simple demande avant l'expiration de ladite période.

L'associé souscripteur d'une convention de blocage peut être en difficultés financières pendant la période de blocage. Les fonds bloqués étant indisponibles, il sera contraint de recourir aux tiers pour un quelconque financement. Ce qui ne relève pas de l'évidence au regard non seulement des contraintes inhérents aux financements, mais aussi et surtout au comportement frileux des uns et des autres en matière de financement. Fort heureusement, l'associé titulaire d'un compte courant bloqué a la possibilité de céder sa créance afin de se procurer des fonds.

La transmission de la créance peut être effectuée lorsque le titulaire d'un compte a souscrit un engagement de blocage. Ce dernier peut donc transférer sa créance à un autre associé qui lui en verse alors le montant[423].

221. Une autre difficulté à laquelle pourra être confronté l'associé concerne le recouvrement des fonds déposés en compte, lorsqu'il entend se retirer de la société en cédant ses parts ou actions pendant la période de blocage stipulée. En effet, lorsqu'un

[422] RENAULT-BRAHINSKY (C.), *Droit des obligations, op. cit.*, p.24.
[423] URBAIN - PARLEANI (I), *Les comptes courants d'associés*, *op. cit.*, p. 263.

associé se retire d'une société en cédant ses parts ou actions, il désire généralement recouvrer la disponibilité des fonds déposés en compte. Nous pensons qu'à cette fin, il peut transmettre à l'acquéreur de ses parts le solde créditeur de son compte. Il sera donc « *relayé* » par l'acquéreur de ses titres qui sera à cet effet tenu des mêmes engagements que ceux par lui souscrits.

222. Relativement à la renonciation à l'égalité chirographaire, certains risques sont encourus par l'associé et d'autres par le banquier. Il conviendrait néanmoins de les distinguer selon que l'associé a souscrit un engagement de cession d'antériorité de créance ou un engagement de dernier rang.

Lorsque l'associé a souscrit à un engagement de cession d'antériorité, aussi bien le banquier que lui-même encourent des risques.

La garantie conférée au banquier par l'engagement de cession d'antériorité est fragile. En effet, en cas de manquement à l'engagement d'antériorité, le remboursement effectué est valable et opposable au banquier créancier bénéficiaire de la promesse. La faiblesse essentielle de ce type d'engagement réside à notre avis, dans l'insuffisance de sanctions. Le banquier dispose certes d'une action en responsabilité contractuelle contre l'associé. Mais cette seule sanction ne saurait permettre à l'engagement de cession d'antériorité d'être efficace. Il serait donc nécessaire dans le cadre d'un éventuel statut légal des comptes courants d'associés, qu'une disposition soit adoptée édictant en cas de violation de l'engagement de cession d'antériorité, une efficace sanction. Celle-ci pourrait consister dans l'inopposabilité au banquier des remboursements ainsi effectués. Conscients d'ailleurs de la fragilité de ce type d'engagement, certains banquiers n'hésitent pas à introduire dans la lettre de cession d'antériorité une clause au terme de laquelle l'établissement de crédit pourra répéter contre l'associé et appliquer au règlement de ses créances toutes les sommes qu'il aurait pu encaisser au mépris de cette interdiction.

223. L'associé, titulaire du compte, qui souscrit à un engagement de cession d'antériorité court le risque de voir sa responsabilité engagée. L'engagement de cession d'antériorité fait naître à l'égard de l'associé une obligation de ne pas faire qui se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de sa part. Le banquier pourra donc exercer

contre lui une action en dommages et intérêts pour non exécution d'une obligation de ne pas faire[424].

Lorsque l'associé a souscrit un engagement de dernier rang, les risques qu'il comporte sont encourus aussi bien par l'établissement de crédit que par l'associé souscripteur.

224. L'associé-créancier de dernier rang est un créancier « *hypographaire* »[425]qui confère non seulement un droit de priorité à un créancier déterminé (le banquier), comme lorsqu'il souscrit un engagement d'antériorité, mais aussi et surtout, étend à l'ensemble des créanciers de l'entreprise, le bénéfice de la renonciation à son rang. Cet engagement constitue, en conséquence, et pour les créanciers chirographaires, une véritable sûreté conventionnelle puisqu'ils se voient ainsi reconnaître un droit de préférence pour le remboursement de leurs créances. Le créancier chirographaire est donc préféré à l'associé souscripteur d'un engagement de dernier rang qui pourra même ne pas se voir remboursé.

Outre ce risque de non remboursement, l'associé peut voir sa responsabilité retenue en cas d'inexécution de l'engagement souscrit. En effet, la violation de l'engagement de dernier rang se résout en dommages et intérêts.

225. Le banquier quant à lui court le risque de révocabilité. L'engagement de dernier rang s'analyse en une stipulation pour autrui[426]. L'associé promettant s'engage envers la société, stipulant au profit de l'ensemble des créanciers de l'entreprise, tiers-bénéficiaires, à passer au dernier rang. Seulement, tant qu'elle n'a pas été expressément ou même tacitement acceptée par son ou ses bénéficiaires, cette stipulation pour autrui est révocable soit au gré du stipulant[427], soit de commun accord par le stipulant et le promettant. C'est cette révocabilité qui fait la faiblesse de l'engagement de dernier rang et même son caractère précaire.

226. Pour ce qui est du nantissement du solde du compte, il comporte des risques tant à l'égard de l'associé et de la société qu'à l'égard du banquier bénéficiaire de la garantie.

[424] Article 1142 du C.civ.
[425] GALVADA et STOUFFLET, Droit bancaire, *op. cit.*, p.553
[426] Article 1121 du C.civ.
[427] Article 1121 *in fin*e du C.civ.

L'associé, titulaire du compte et constituant du gage s'expose à un risque de responsabilité. En effet, ayant mis sa créance en garantie, il ne pourra recevoir le paiement de ladite créance qu'après que le banquier ait été désintéressé. C'est dire que s'il reçoit le paiement avant que le banquier ne recouvre sa créance, il disposerait par là du bien mis en garantie et sera par voie de conséquence passible de sanctions civiles.

La responsabilité civile de la société peut être recherchée lorsqu'elle s'est libérée de sa dette envers l'associé constituant alors que la mise en gage lui a été signifiée.

227. Quant au banquier, il s'expose à un risque, au cas où l'associé constituant du gage est lui-même frappé d'une procédure collective. Cette sûreté pourra être contestée si elle a été consentie en période suspecté[428]. Cette garantie constituera en effet le plus souvent un acte gratuit. Une sûreté doit être considérée comme un acte à titre gratuit lorsqu'elle n'a donné lieu à aucune contrepartie au profit du constituant. Or, en général, aucun avantage patrimonial n'est fourni au dirigeant social, ou à l'associé majoritaire, qui a consenti à ce que sa créance sur la société soit nantie au profit d'un banquier. Sans doute, l'associé, qui s'est porté caution de la société, a-t-il un intérêt personnel au soutien financier de l'entreprise, et à la garantie. Mais cet élément est insuffisant pour conférer à la sûreté ainsi constituée le caractère d'acte onéreux. Dans cette hypothèse, le banquier verra toujours sa garantie remise en cause c'est-à-dire frappée d'inopposabilité. Celle-ci est de droit[429] à partir du moment où la garantie a été constituée pendant la période suspecte[430].

Lorsque l'associé a entendu plutôt affecter sa créance en garantie des crédits bancaires à travers les techniques juridiques de transmission des créances telles que la cession de créance et la délégation imparfaite, les obligations de garantie et même de délivrance qui pèsent sur le cédant, le délégant et le délégué constituent les fondements de la responsabilité civile encourue.

---

[428] La période suspecte est cette période allant de la cessation des paiements au prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective. C'est une période au cours de laquelle les actes passés par une entreprise en difficultés financières sont susceptibles d'être remis en cause en étant frappés d'inopposabilité.

[429] L'inopposabilité de droit est celle que le juge est tenu de prononcer dès lors que les conditions légales sont réunies. Elle diffère de l'inopposabilité de plein droit qui est celle qui ne requiert pas l'intervention du juge.

[430] Si la garantie avait été constituée dans les six mois précédant la période suspecte, on parlerait d'inopposabilité facultative qui n'est rien d'autre que celle pour laquelle le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation pour prononcer ou refuser de prononcer l'inopposabilité même lorsque les conditions légales sont réunies.

228. Dans la cession de créance à titre de garantie, les risques diffèrent selon que la cession transmet ou non la propriété de la créance.

Lorsque la cession ne transmet pas la propriété de la créance, les risques sont les mêmes que ceux envisagés ci-dessus concernant le nantissement du solde du compte.

Lorsque la cession transmet la propriété de la créance, l'associé cédant est tenu de certaines obligations. En premier lieu, il est tenu d'une obligation de délivrance[431]. Mais, la créance de l'associé n'étant pas matérialisée par un titre, la délivrance résultera du simple consentement du cédant à l'exercice de sa créance par le cessionnaire. En second lieu, l'associé cédant est tenu d'une obligation de garantie envers le cessionnaire. Mais, s'il est tenu de garantir l'existence de la créance cédée, il ne garantit toutefois pas la solvabilité de la société[432]. Il encourt donc une responsabilité en cas d'inexécution de ses obligations.

229. Dans la délégation imparfaite, le délégué et le délégant sont tenus d'une obligation de garantie qu'ils doivent scrupuleusement respecter afin de ne pas voir leur responsabilité retenue.

De ce qui précède, il ressort que le compte courant d'associé est de par ses diverses fonctions, une technique de financement aussi adaptée aux entreprises en difficultés. En effet, il constitue pour ces dernières une technique de financement direct en ce sens qu'il est un instrument d'un contrat de prêt en même temps qu'il peut être capitalisé. De plus, il est une technique de financement indirect par ce qu'il permet à l'entreprise d'obtenir des crédits bancaires par un aménagement conventionnel des obligations du titulaire du compte, un nantissement du solde du compte ou par l'affectation de la créance à la garantie des prêts bancaires par les techniques juridiques de transmission des créances. C'est dire l'importance indéniable du compte courant d'associé en tant que technique de financement des entreprises en difficultés. Seulement, force est de constater que le législateur africain ne fait aucunement allusion à cette technique de financement aussi répandue dans la pratique. C'est à juste titre que sa réglementation reste souhaitable afin non seulement de mettre sur pied les règles qui vont le régir, mais aussi et surtout de prendre en compte les risques inhérents à un tel financement.

[431] Article 1689 du C. civ..
[432] Article 1694 du C.civ.

§2. La réglementation souhaitable du compte courant d'associé

230. Le compte courant d'associé ne fait quasiment l'objet d'aucune législation spécifique[433]. Ce silence du législateur OHADA ne saurait aucunement être interprété comme une validation inconditionnelle aussi bien de l'ouverture que du fonctionnement du compte courant d'associé. Sa finalité ainsi que la qualité des parties en présence impliquent sa soumission à des dispositions législatives y afférentes (A), afin d'assurer autant que faire se peut une meilleure protection de l'associé titulaire du compte (B).

A. La prévision des règles régissant le compte courant d'associés

231. Il est paradoxal que le droit des sociétés, qui est particulièrement tatillon en ce qui concerne le capital social, ignore les comptes courants d'associés. Sur le plan juridique, les avances en compte courant sont régies par le droit commun des obligations, lequel renvoie à la liberté contractuelle[434].

Le compte courant d'associé est une création de la pratique qui permet aux associés de financer une société, en complément de leurs apports[435]. Il s'est très vite érigé en instrument de financement des entreprises en général et de celles qui connaissent des difficultés en particulier.

Le compte courant d'associé est un remède à l'insuffisance des fonds propres et à la rigidité de leur régime juridique[436], qui mérite à cet effet une réglementation. Il est utilisé par la société pour collecter une épargne que les banques ont traditionnellement vocation à recueillir. Parallèlement, il permet à l'associé de consentir des prêts avec ses fonds personnels. Il permet donc d'effectuer des opérations en principe réservées aux banques.

---

[433] Le législateur africain paraît l'avoir ignoré lorsqu'il légiferait sur l'Acte uniforme portant organisation des sociétés commerciales initial puis révisé adopté le 30 janvier 2014.

[434] DANET (D.), « Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique », *RTD Com*., 1993, p. 55.

[435] VINCKEL (F.), « Le droit au remboursement du compte courant d'associé à l'aune du droit des entreprises en difficulté », in *Revue des Procédures Collectives* n°1, Janvier 2011, Etude 4, p.119.

[436] *Idem*

Le compte courant d'associé ne soulève pas seulement des difficultés au regard du droit bancaire. La convention de compte courant d'associé peut en effet comporter des risques pour la société[437] tels qu'évoqués ci-dessus[438].

232. Dans un souci de moralité de la vie des affaires et afin d'assurer la conformité du mécanisme à l'intérêt de la société et même du banquier, il est nécessaire de veiller au respect de l'équilibre contractuel lors de la conclusion de la convention. Le droit se doit donc de prévoir les conditions de validité des avances en compte courant (1). Il se doit également d'organiser la convention de blocage de cet instrument de financement aussi prisé (2).

1. La validité du compte courant d'associé

233. Pour leur efficacité, les avances en compte courant doivent être valides. Cette validité passe par le respect du droit bancaire (a) et du droit des sociétés (b).

a. Le respect du droit bancaire

234. Les objectifs[439] poursuivis par la législation bancaire moderne commandent que le législateur OHADA soumette le compte courant d'associé au droit bancaire en ce qui concerne la réception par la société des fonds en comptes (i) et l'octroi par l'associé d'avances en comptes (ii).

i. La réception des fonds en comptes

235. Afin d'atteindre les objectifs qu'il s'était fixés, le législateur bancaire a réglementé et organisé la profession bancaire.

La soumission de l'entreprise bancaire à un statut rigoureux avait alors appelé une définition précise de l'activité bancaire. L'octroi du crédit avec des fonds reçus du public constitue, aux termes de l'article 4 de la convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les États de l'Afrique Centrale, le trait caractéristique de la profession bancaire ; les deux opérations : octroi du crédit et

[437] Les titulaires de comptes d'associés peuvent utiliser le mécanisme du compte pour obtenir des avantages personnels excessifs et notamment une rémunération élevée ; ils peuvent parfois même détourner une partie de l'actif social par le biais de découverts en compte.
[438] Voir supra n° 181 et s., pp. 121 et s.
[439] À savoir, la protection des déposants et l'orientation des ressources en fonction des besoins généraux de l'économie.

réception des fonds étant directement liées. Une telle activité ne peut donc sous peine de sanctions pénales qu'être exercée par des entreprises régulièrement inscrites sur la liste officielle des banques tenue par le conseil national du crédit.

236. Si la réception des fonds du public constitue la caractéristique première de la profession bancaire, faisant d'une telle activité le monopole [440] de la banque, il y a lieu de se poser la question de savoir si une société peut se lancer dans une telle activité sans toutefois s'exposer à des sanctions. Pour répondre à cette question, il conviendrait de s'appesantir sur le terme « *public* » qui constitue à n'en point douter l'élément déterminant de ce monopole bancaire. La réception des fonds, parce qu'ils proviennent du public, est exclusivement réservée aux banques. C'est dire que lorsque les fonds ne proviennent pas du public, une telle activité peut être exercée par des entreprises autres que la banque sans qu'elles soient exposées à un risque de responsabilité pénale. Dès lors, que faut-il entendre par « public » ?

Aux termes de l'article 5 de l'annexe à la Convention précitée, *« sont considérés comme fonds reçus du public, les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer. Toutefois, ne sont pas considérés comme fonds reçus : les fonds reçus laissés en compte par les associés en nom ou les commanditaires d'une société de personnes, les associés ou actionnaires détenant au moins 5% du capital social, les administrateurs, les membres du directoire (…) »*. De la sorte, appartient en principe au public, toute personne ayant une personnalité juridique distincte du dépositaire à savoir le banquier ou la société selon le cas. Les dirigeants sociaux ainsi que les associés dans une certaine mesure ne sauraient être qualifiés de « *public* » à l'égard de la société qui est de ce fait en droit de recevoir les fonds appartenant à ses membres. Le compte courant d'associé sera donc licite toutes les fois que le déposant n'appartiendra pas au public[441].

[440] Le monopole de la banque porte sur toutes les opérations de banque décrites par l'article 4 de l'annexe à la convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les États de l'Afrique Centrale. Il s'agit notamment de la réception des fonds du public, l'octroi de crédits, la délivrance de garanties en faveur d'autres établissements de crédit, la mise à la disposition de la clientèle et la gestion des moyens de paiement. Ce monopole confié aux établissements de crédit pour l'accomplissement d'opérations de banque constitue la contrepartie de la tutelle étatique à la quelle ces établissements sont soumis. Il est encore justifié pas la protection des déposants mais aussi par la volonté de l'État d'assurer un contrôle efficace du crédit qui n'est possible que dans la mesure où la collecte des capitaux disponibles est réservée aux établissements de crédit. Voir dans ce sens DECOCQ (G.), GERARD (Y.) et MOREL-MAROGER (J.), *Droit bancaire*, 2e éd., RB Edition, 2014, p.67.

[441] DE VAUPLANE (H.), *Droit bancaire et financier*, Paris, Banque, éd. 2001, p. 11.

Les fonds reçus en comptes d'associés et dirigeants ne sont pas considérés comme reçus public. Pour cela, aucune infraction ne saurait être relevée à l'encontre de la société qui ouvrirait des comptes à ses associés et dirigeants personnes physiques ou morales[442].

237. Le législateur OHADA gagnerait donc à prévoir de façon explicite, des règles relatives à l'exclusion de principe des dirigeants sociaux du public, ainsi que celles relatives à l'exclusion conditionnelle du public des associés et actionnaires afin que le compte courant d'associé n'empiète pas sur le domaine bancaire. Il doit à cet effet apporter une heureuse clarification. De la sorte, la situation des dirigeants au regard de la notion de public n'aura plus à être recherchée. On se référera tout simplement aux textes. La réception des fonds en comptes d'associés et même de dirigeants personnes physiques ou morales, ne soulèvera plus de difficultés au regard du droit bancaire.

238. Le législateur OHADA devra également clarifier la réception de fonds en compte, lorsque le titulaire du compte est un associé non dirigeant en subordonnant la licéité de l'opération à certaines conditions. Il devra par exemple exclure du public les associés en nom et les commandités en raison de leur intégration à l'entreprise, et subordonner le bénéfice de cette dérogation à la détention d'une part importante du capital, lorsque le titulaire du compte est un associé de société à responsabilité limitée ou un actionnaire. Le législateur français, conscient de l'importance du compte courant d'associé dans le financement des entreprises et soucieux du développement de l'économie, n'a pas hésité à adopter les règles relatives à la réception des fonds en comptes d'associés. En effet, la loi n° 41-2532 du 13 juin 1941 relative à la réglementation et à l'organisation de la profession bancaire n'excluait expressément du public que les associés en nom et les associés de la SARL[443]. Les actionnaires devaient aux termes d'une instruction du comité d'organisation professionnelle des banques bénéficier également de cette dérogation, lorsqu'ils détenaient une part importante du capital[444].

La référence à des instructions de la Commission de contrôle des banques permettait d'ailleurs de fixer ce seuil à 20%. L'article 2 alinéa 1er de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit apporte alors

[442] *Idem*.
[443]URBAIN-PARLEANI (I.), *Les comptes courants d'associés*, *op. cit.*, p. 68.
[444] Instruction du 07 octobre 1941.

une modification importante quant à la situation des titulaires de comptes d'associés au regard de la notion de public. S'agissant des associés de la SARL, ce texte adopte une position plus stricte que l'ancienne disposition légale[445]. Désormais, ils doivent détenir au moins 5% du capital pour bénéficier de la dérogation légale. L'image de la société à responsabilité limitée, perçue comme une société marquée d'intuitu personae avait sans doute motivé en 1941, cette solution légale. Mais le caractère général de la dérogation accordée aux associés de sociétés à responsabilité limitée avait suscité des réserves tout au moins s'agissant d'associés personnes physiques[446].

239. En revanche, et s'agissant des actionnaires, le législateur français de 1984 consacre une solution[447] plus souple que celle issue de l'interprétation des autorités bancaires. Il prévoit en effet que ne sont pas reçus du public, les fonds déposés par les actionnaires (personnes physiques ou morales) détenant au moins 5% du capital[448]. Enfin, lorsque la réception de fonds en compte s'est effectuée au sein d'un groupe de sociétés, l'exigence légale d'un lien direct en capital de 5% pourra parfois être atténuée[449].

Toutes ces mesures restrictives ou non, prises par le législateur français sont de nature à contribuer à l'efficacité du compte courant d'associés à partir du moment où elles permettent d'entrée de jeu de régler l'épineux problème de mise en branle du monopole bancaire de réception des fonds[450]. Nous pensons qu'en légiférant comme l'a si bien fait son homologue français, le législateur africain contribuera par voie de conséquence au financement des entreprises et partant au sauvetage de celles qui connaissent des difficultés. De plus, l'efficacité de toutes mesures étant suspendue aux différentes sanctions y relatives, il gagnerait à prévoir des sanctions de l'ouverture de comptes d'associés à des personnes appartenant au public. Le faisant, il devra prévoir les

[445] Les associés à responsabilité limitée étaient, jusqu'à l'adoption du nouveau texte, considérés comme n'appartenant pas au public indépendamment de toute prise en considération de leur participation au capital.
[446] Les associés personnes physiques sont dans une situation plus proche économiquement et juridiquement de celle de l'actionnaire que de celle d'un associé en nom. Lire à cet effet, URBAIN-PARLEANI (I.), *Les comptes courants d'associés*, *op. cit.*, p. 42.
[447] Le législateur de la CEMAC se serait inspiré de cette solution dans la définition des fonds reçus du public tel qu'il ressort de l'article 5 de la Convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire en Afrique Centrale.
[448] URBAIN-PARLEANI (I.), *Les comptes courants d'associés*, *op. cit*., p. 69.
[449] *Idem*.
[450] Les sanctions prévues en cas de délit de réception de fonds du public sont essentiellement de nature à dissuader les sociétés à ne pas recevoir les fonds du public. De la sorte, le monopole bancaire ne sera pas empiété.

conditions de mise en œuvre du délit de réception de fonds du public afin que les sanctions ne soient pas arbitrairement infligées[451].

240. S'il est fait interdiction à la société de recevoir les fonds du public, il devra également lui être interdit de recevoir les fonds dont la restitution devait en être effectuée à vue ou à moins de deux ans. En effet, le monopole bancaire de réception des fonds suppose que deux conditions soient réunies : les fonds doivent provenir du public et il doit s'agir des dépôts à vue ou à moins de deux ans[452]. C'est dire que toute société pourra, en conséquence, librement recevoir de ses associés ou actionnaires, des dépôts de fonds à plus de deux ans et les employer pour les besoins de son activité.

Si la soumission du compte courant d'associés au droit bancaire concerne la réception des fonds en compte, elle devra également concerner les avances en comptes octroyées par les associés.

ii. Les avances en compte d'associés

241. La réception de l'épargne des associés ne saurait être prohibée par la réglementation bancaire. Mais cette réception n'est que l'un des aspects de l'opération de financement. La licéité des financements en comptes d'associés doit également être examinée au regard de l'auteur de l'avance qui consent des crédits en compte avec ses fonds personnels. Les activités touchant au crédit ne doivent être ignorées du législateur. La pratique des opérations de crédits en comptes d'associés doit donc être appréhendée tant par le législateur OHADA que par celui de la CEMAC.

La réglementation des activités connexes à la profession bancaire est nécessaire sous peine de « *mettre les banques en état d'infériorité et laisser ouverte une porte permettant trop aisément d'échapper à la réglementation bancaire* »[453]. Maintenir ce secteur libre serait à l'évidence compromettre à l'efficacité de la réglementation et donc la protection des épargnants et le contrôle du crédit. Afin d'éviter que des activités financières ne puissent se développer, le législateur OHADA doit organiser par une loi l'ensemble des activités touchant au crédit. Les personnes physiques et morales qui sans

[451] En droit français par exemple, le délit de réception de fonds du public suppose pour être caractérisé que les fonds soient habituellement reçus du public. Le caractère habituel constitue donc l'élément déterminant du délit.
[452] DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Droit bancaire*, 3e éd., Dalloz, 1990, p. 4 ; GALVADA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire*, *op. cit*., p.42.
[453] Rapport du comité provisoire d'organisation professionnelle des banques sur les travaux préparatoires de la loi du 14 juin 1941 cité par DUPONT, le contrôle des banques et la direction du crédit en France, Dunod, 1952, p.88.

avoir le statut de banque, font à titre professionnel ou non, principal ou accessoire, permanent ou occasionnel, des opérations d'ordre bancaire, boursier ou financier et notamment des prêts à court ou à moyen terme - avec leurs fonds personnels - doivent en conséquence être visées par la réglementation.

Les avances effectuées par les associés, étant le plus souvent consenties à court ou moyen terme, il se pose la question de savoir si elles doivent être visées par cette réglementation. En d'autres termes, le fait, pour un associé, d'accorder les crédits à court ou moyen terme par l'intermédiaire d'un compte d'associé peut-il constituer l'exercice d'une activité réservée aux établissements de crédit ? Pour répondre à cette question, nous pensons qu'il serait judicieux d'opérer une distinction selon que ces avances sont effectuées à titre occasionnel ou au contraire à titre habituel.

242. Les activités financières connexes à la profession bancaire ne peuvent intéresser l'économie et l'épargne publique que lorsqu'elles sont exercées à titre professionnel. L'institutionnalisation du crédit ne nécessite aucunement un contrôle des activités exercées de façon sporadique. C'est fort de cela que l'utilisation des fonds personnels en opérations occasionnelles de crédit à court ou moyen terme devrait échapper à la réglementation des professions para-bancaires, alors qu'exercée à titre de profession habituelle, elle est constitutive de l'activité de l'établissement de crédit. L'octroi occasionnel de crédit à court ou moyen terme devrait imposer seulement de se conformer aux prescriptions législatives ou réglementaires applicables à l'opération réalisée.

243. La définition de l'activité occasionnelle[454] et sa comparaison avec la notion d'activité habituelle[455] permet d'affirmer que les avances consenties par un associé constituent en principe une activité occasionnelle. L'octroi de crédit, est en effet, pour l'associé une activité exceptionnelle, isolée, motivée par la solidarité le liant économiquement à l'entreprise. La portée économique de l'opération est, de fait, très limitée. Il s'agit seulement d'un acte de gestion privée.

[454] Une activité est dite occasionnelle lorsque l'opération accomplie apparaît isolée, sans lien avec l'activité principale ou la profession de son auteur. Voir à cet effet URBAIN-PARLEANI (I), *Les comptes courants d'associés*, *op. cit.*, p.82.

[455] L'activité habituelle est assimilée à l'activité professionnelle alors que l'exercice d'une profession aurait supposé en outre l'intention de tirer de cette activité les ressources nécessaires à son existence.

Les avances effectuées par un associé peuvent exceptionnellement constituer une activité habituelle[456]. On constate le plus souvent, au sein des groupes de sociétés, une pratique habituelle des avances en comptes. Le législateur devra donc soumettre une telle activité à la réglementation des professions para-bancaires. Il devra à cet effet édicter les règles à observer obligatoirement sous peine de sanctions pénales. De la sorte les avances en comptes seront effectuées en respect du droit bancaire. Ce qui ne sera davantage intéressant que lorsqu'il les aura également soumis au droit des sociétés.

b. Le respect du droit des sociétés

244. L'ouverture des comptes courants d'associés est généralement le fait des dirigeants sociaux personnes physiques ou morales dont le sort est lié à celui de l'entreprise. Leur maîtrise des conditions d'exploitation de la société, leur intégration, justifient une confiance « *intéressé* » dans la vie économique de l'entreprise. Les fonds ainsi mis à la disposition de l'entreprise peuvent éviter à cette dernière de recourir à des financements externes coûteux ; ils renforcent également la structure financière de l'entreprise et facilitent en conséquence, voire conditionnent parfois, son accès à des financements bancaires. Seulement, la qualité de dirigeant social confère à celui-ci une autorité qu'il peut être tenté d'exercer pour obtenir des avantages personnels et contraires à l'intérêt social. Le danger d'un déséquilibre des prestations apparaît en conséquence réel lorsqu'une convention est conclue entre une société anonyme et le président du conseil d'administration ou le directeur général ou bien encore entre une SARL et son gérant. Il y a alors « *dédoublement de qualité* » en une même personne et « *opposition d'intérêt* ».

Titulaire du pouvoir de décision, le dirigeant qui intervient comme représentant de la société et comme cocontractant est en mesure d'imposer « *de facto* » ses conditions à la société. Cette opposition est évidente lors de l'ouverture d'un compte courant d'associé. Le problème de l'équilibre contractuel ne se limite pas, du reste, à l'hypothèse du contrat avec soi-mettre. L'influence que peut avoir un administrateur sur le représentant de la personne morale n'est pas non plus négligeable. Un déséquilibre des

[456] Parmi les hypothèses pratiques d'avances en comptes effectuées à titre habituel, l'on retrouve les avances effectuées par un associé personne physique dans le cadre d'un groupe personnel et celles effectuées par un associé personne morale dans le cadre d'un groupe des sociétés

prestations peut également s'observer lorsqu'une convention est conclue entre deux sociétés ayant des dirigeants communs. L'intérêt de la société contractante peut alors être sacrifié à l'intérêt de l'entreprise à laquelle le dirigeant est lié.

245. Conscient de la nécessité d'assurer dans ces diverses hypothèses, le maintien de l'équilibre contractuel et, par là même, le respect de l'obligation de loyauté à laquelle sont tenus les dirigeants, le législateur OHADA devra, dans certaines formes de sociétés, mettre en place un dispositif de contrôle des conventions conclues avec les dirigeants sociaux, ou entre sociétés ayant des dirigeants communs assorti de sanctions. Cette réglementation devant être prise en compte lors de l'ouverture de comptes d'associés. Il devra également prohiber en raison des abus de la pratique, et dans certaines formes de sociétés, les emprunts contractés auprès de la société afin d'éviter tout « *pillage* » des disponibilités financières de cette dernière. Toutes ces dispositions protectrices des intérêts de la société auront à coup sûr une incidente évidente sur le fonctionnement des comptes courants d'associés qui peuvent être bloqués pour les besoins de financement.

2. La convention de blocage

246. La convention de blocage du compte courant d'associé doit être réglementée au regard de son importance dans le financement de l'entreprise. Il est fréquent qu'à l'occasion de l'octroi du crédit, une banque exige que les comptes courants soient bloqués pendant un certain temps. C'est là une garantie que prend la banque.

Afin de permettre à la société et même à l'associé d'atteindre le but escompté par cette convention de blocage, les comptes courants bloqués doivent bénéficier d'un régime de faveur sous réserve de remplir certaines conditions à déterminer. Celles-ci sont liées à la durée de la convention, à l'incorporation au capital, à la réduction du capital, etc.

247. La convention de blocage doit être minutieusement réglementée. L'accord des intéressés devra évidemment être nécessaire. Cet accord est généralement matérialisé par leur signature.

La convention de blocage permet aux dirigeants de se prémunir contre les réclamations intempestives visant la restitution des fonds avancés. Par cette convention, les associés s'engagent à ne pas exiger le remboursement des sommes déposées en

compte avant l'expiration de la période stipulée. De la sorte, elle offre évidemment un grand intérêt pratique pour la société, ainsi dotée de véritables capitaux permanents, proches des réserves[457].

Si, au regard de ce qui précède, il est vrai que le blocage des fonds en compte profite à la société, il n'en demeure pas moins que la conciliation des intérêts en présence commande que soient également pris en compte les risques inhérents aux avances en compte courant. La prise en compte de ces risques passe à coup sûr par une meilleure protection des titulaires des comptes.

B. La prise en compte des risques inhérents aux avances en compte courant : la protection des titulaires des comptes.

248. L'importance économique du compte courant d'associé, sa constante utilisation dans le financement des entreprises ainsi que les risques inhérents à ce mode de financement commandent qu'un accent soit mis sur la protection des associés titulaires des comptes. C'est en effet par le biais de cette protection que le législateur peut, à l'évidence, influer sur le développement des comptes d'associés. De la sorte, ce mode de financement trouvera toute son efficacité.

La protection des associés prêteurs peut les inciter à déposer leur épargne dans la société. Elle peut donc rendre l'épargne des associés plus attractive.

249. Le législateur gagnerait à cet effet à prévoir au profit des associés titulaires des comptes courants un droit au remboursement immédiat (1). De plus, il devra leur reconnaître la qualité de créance (2) tout en instaurant le privilège « d'argent frais » à l'égard de ceux qui ont effectué des avances à l'entreprise postérieurement à ses difficultés (3). L'associé titulaire du compte devra également avoir la possibilité de céder le sol de créditeur de son compte en cas de cession de parts (4) et même voir sa responsabilité civile encadrée (5).

[457] On entend par réserve, toute somme prélevée sur les bénéfices et affectée à une destination déterminée ou conservée à la disparition de la société. Constituent une réserve tous bénéfices réalisés par une société qui les conserve à sa disposition, sans les incorporer au capital social et sans les distribuer aux associés ou actionnaires.

1. Le droit au remboursement immédiat

250. Le droit au remboursement immédiat doit être reconnu à un associé qui a consenti une avance en compte courant à durée indéterminée. Cette prérogative doit lui conférer le droit d'en exiger le remboursement à tout moment, à défaut d'une disposition conventionnelle contraire[458]. La jurisprudence française notamment est, sur ce point bien établie[459]. Elle a d'ailleurs ajouté qu'une société commet un abus de droit en faisant prendre à une assemblée générale, une délibération prévoyant le remboursement limité des comptes d'associés après que l'un d'eux ait obtenu un jugement ordonnant le remboursement de son compte.

251. Le droit au remboursement immédiat doit être intégré dans les textes comme un principe admettant toutefois des restrictions[460]. De la sorte, l'associé sera à même d'exiger à tout moment le remboursement de sa créance sans que la société puisse y opposer ses difficultés financières. *A fortiori*, dans le cadre de la liquidation des biens de la société, tout créancier d'un compte courant d'associé sera en droit d'en poursuivre le remboursement. Celui-ci ne sera toutefois valable que s'il n'a été obtenu en période suspecte ou dans les six mois qui ont précédé celle-ci. Nous pensons à cet effet que la bonne foi de l'associé accipiens devrait entraîner la validité d'un remboursement obtenu en période suspecte. Il a d'ailleurs été jugé que le remboursement d'un compte d'associé obtenu en période suspecte ne peut être annulé dès lors l'associé qui l'a obtenu ignorait l'état de cessation des paiements de la société[461]. Mais en revanche, naturellement, la connaissance par l'associé accipiens de cet état de cessation des paiements l'exposera à l'annulation du paiement reçu[462].

252. La bonne ou la mauvaise foi de l'associé accipiens devra donc être prise en compte pour la validité du paiement. Une telle mesure devra être adoptée par le législateur afin de mieux renforcer ce droit au remboursement immédiat. Aussi, dans

---

458 MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op. cit*, p.955.

459 Cass. Com., 15 juillet 1982, n°81-10. 535 ; Cass. Com., 12 janvier 1993 ; n°91-11. 558, Bull. Joly 1993, p.336, note COURET ; Cass. Com, 24 juin 1997, n° 95-20.0569 ? Bull. Joly 1997, p.871, note Saint Tourens. Cass. 3e Civ., 3 février 1999, n° 97-10.399, Bull. Joly 1999, p.577, note COURET.

460 Le principe du droit au remboursement immédiat ne devra de toute façon pas être d'ordre public. Elle devra donc être conventionnellement écartée. Il en sera ainsi lorsque l'avance en compte courant a été consentie à durée déterminée.

461 CA Metz, 4 avril 1991, Rev. Proc- coll, 1992, n°3, p.310, observation GUYON.

462 Cass. Com., 21 novembre 1995, n°93-21.303.

l'optique de conforter l'associé dans son droit au remboursement immédiat, le législateur devra réputer non écrite toute clause des statuts de la société prévoyant que les conditions de retrait des avances en compte courant sont fixées par la gérance. Une telle clause doit être réputée non écrite dès lors qu'elle prévoit une condition purement potestative[463] en ce qu'elle fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement qu'il est au pouvoir du seul gérant de faire arriver ou d'empêcher.

253. S'il est cependant vrai que l'associé ayant consenti une avance à durée indéterminée à la société devra être à même d'en exiger le remboursement immédiat, il reste tout aussi vrai que l'intérêt de l'entreprise commande que la portée d'un tel droit soit atténuée par une exigence de bonne foi liée à l'*affectio societatis*[464]. Il a d'ailleurs été jugé[465] qu'un associé dans une SARL ne peut exiger brutalement le remboursement de son compte courant sachant que la société est hors d'état de faire face à cette exigence, et que dès lors, son assignation en liquidation des biens lancée en complément doit être rejetée étant en contradiction avec les obligations qui résultent pour lui de l'*affectio societatis*.

Il a également été jugé[466] que ce même affectio societatis s'oppose à ce que, durant la liquidation de la société, il soit fait un sort particulier à une créance en compte courant et à ce que l'associé qui en demande le remboursement obtienne, par voie judiciaire, un droit de préférence opposable aux autres créanciers. Il a enfin été décidé[467] que le remboursement du compte courant d'associé devra être refusé toutes les fois qu'il mettrait en péril la poursuite de l'exploitation. Ainsi, la quotité remboursable devra découler de la différence entre le fonds de roulement de la société résultant d'un excédant du passif à court terme sur l'actif à court terme. Cette quotité remboursable est ce qui sera distribué aux différents associés titulaires d'un compte courant au prorata de leur

[463] La condition est purement potestative lorsqu'elle dépend exclusivement de la volonté d'une partie. Elle est simplement potestative lorsqu'elle dépend à la fois de la volonté de l'une des parties et d'une circonstance dont elle n'est pas le maître. .

[464] L'affectio societatis est une expression latine évoquant un lien psychologique entre associés qui désigne un élément constitutif de la société dont les composants sont l'absence de subordination entre associés, la volonté de collaborer et l'acceptation d'aléas communs. CA AIX, 8e ch., 6 octobre 1981, Rev. Sociétés 1982, p.308, note SORTAIS.

[465] CA AIX, 8e ch., 6 octobre 1981, Rev. Sociétés 1982, p.308, note SORTAIS.

[466] CA Versailles, 3e ch., 3 décembre 1991, Bull. Joly 1992, p.415.

[467] T. Com. Lyon, 10 janvier 1995, Dict. perm. Epargne et produits financiers, Bull 196, p. 5238.

participation dans le capital. Une telle mesure protectrice des intérêts de la société commande que soit reconnue la qualité de créancier au titulaire du compte courant.

2. La reconnaissance de la qualité de créancier aux titulaires des comptes

254. En leur qualité de créanciers titulaires, des droits sociaux, les associés ne bénéficient d'aucune sollicitude de la part du législateur des procédures collectives. Tout d'abord, leur créance ne devient exigible que du fait de la dissolution de la société, laquelle n'est de plein droit qu'en cas de liquidation judiciaire ou en cas de cession totale de l'entreprise. En outre, ils ne peuvent récupérer leurs apports qu'après apurement préalable des dettes sociales, puisqu'en effet, les associés se sont engagés lors de la souscription au capital social à contribuer aux pertes de la société. Ensuite, en raison de la qualité de créancier de dernier rang de l'associé, le législateur est demeuré silencieux quant à l'éventualité qu'il puisse déclarer sa créance au représentant des créanciers. En effet, le droit des procédures collectives ne prévoit rien sur la déclaration des créances par un associé ayant consenti une avance en compte à une entreprise qui connaît des difficultés par la suite. Or, il n'est pas incongru d'analyser l'avance en compte comme « *un prêt remboursable à vue* » fait par un associé, à moins qu'une convention de blocage ait été stipulée. Dès lors, au même titre qu'un créancier préteur, l'associé doit, à peine de forclusion, déclarer sa créance en compte courant entre les mains du représentant des créanciers lorsque son avance demeure antérieure à l'ouverture de la procédure[468].

255. Dans la pratique, il n'est pas rare que les associés fassent un effort conséquent afin de favoriser la continuation de l'exploitation. Cet effort peut prendre la forme des avances effectuées, d'abandon du solde créditeur du compte d'associé, de la renonciation au droit au remboursement de sa créance, etc., la qualité de créancier social doit donc être reconnue aux titulaires des comptes courants d'associés. Par ailleurs, des avances en compte courant pourraient avoir été faites par certains postérieurement à la difficulté de l'entreprise afin de permettre son sauvetage. Ces créanciers devraient donc bénéficier du privilège « *d'argent frais* » prévues aux articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP.

[468] MARQUET (J-Y.) et BRIQUET (J.M.), L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire, *Gaz. pal*. n° 148, 27 mai 2004, p.48.

3. L'instauration du privilège « *d'argent frais* » au profit des titulaires des comptes

256. Lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés financières, l'une des principales préoccupations sera, si sa sauvegarde est envisagée, le maintien, voire la restauration des financements. Pour les entreprises soumises à une procédure collective, les difficultés d'accès au financement se posent[469].

Cette réalité économique incontournable a donc conduit les législateurs à travers le monde à imaginer des systèmes qui restaurent la confiance des partenaires et même des membres de l'entreprise au cours d'une période délicate qui est celle du traitement des difficultés de l'entreprise. Cette confiance ne peut à coup sûr être gagnée que si certaines assurances en terme de paiement sont données.

257. Si une telle mesure est bénéfique pour l'entreprise en difficultés en ce sens qu'elle est de nature à inciter les différents partenaires à son financement, force est de constater que le législateur OHADA, en prévoyant la priorité de paiement des créanciers postérieurs, n'a aucunement fait allusion aux associés titulaires des comptes courants. Ceci se vérifie davantage par l'absence de réglementation en la matière. C'est fort de cela d'une part, et au regard des effets du traitement préférentiel sur le financement d'autre part, que nous suggérons que cette priorité de paiement soit étendue aux associés ayant consenti des avances en compte courant à l'entreprise soumise à une procédure collective. De la sorte, ces derniers seront davantage galvanisés à concourir au financement l'entreprise en difficultés.

258. Le privilège «*d'argent frais* » est indiscutablement réservé aux apports en trésorerie. L'apport en compte courant étant un apport en trésorerie, il semble évident que tout apport en compte courant bénéficie de ce privilège s'il est effectué après l'ouverture de la procédure. L'associé financeur doit donc pouvoir bénéficier du privilège des créances postérieures s'il justifie que l'apport, ou plutôt l'avance a été effectué pour les besoins de déroulement de la procédure, ou même du redressement de l'entreprise[470]. Son traitement doit être analogue à celui des autres créanciers de l'entreprise.

---

[469] FERNADEZ TORRES (I.) et MONSERIE-BON (M.-H.), « Le financement des entreprises en difficulté : le privilège de la Fresh Money. Regards croisés : France, Espagne », *Revue des Procédures Collectives*, n°4, juillet 2012, étude 28, p.20.

[470] BABBIERI (J.-F), « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *Les Petites Affiches*, n° 196, 30 septembre 2008, p.6.

Le privilège « *d'argent frais* » est une mesure incitative au financement des entreprises en difficultés. Il est de nature à protéger l'associé titulaire du compte qui se sentira davantage soulagé s'il a également la possibilité de céder le solde créditeur de son compte en vas de cession de parts.

4. Le rachat du solde créditeur en cas de cession de contrôle

259. La cession par un associé de ses parts ou actions doit s'étendre au solde créditeur de son compte courant dans la société, à moins qu'une clause particulière du contrat de société ne prévoie le contraire. En effet, le rachat du solde créditeur par le cessionnaire s'analyse en une cession de créance[471].

La Cour de cassation[472] française considère à cet effet que le remboursement d'une avance de fonds consentie par un associé, concomitamment à une cession de parts sociales, s'analyse en un rachat de créance échappant à la perception de droit de cession de parts, et n'ouvre pas droit à l'attribution de parts nouvelles ou à l'augmentation de la valeur nominales des parts existantes. Elle estime donc qu'une telle activité reste possible tant elle n'affecte en rien les droits préexistants.

260. Etant donné que le rachat du solde créditeur s'analyse en une cession de créance, le législateur OHADA gagnerait à reconnaître un tel droit à l'associé titulaire d'un compte courant en cas de cession de contrôle. Il devra cependant soumettre son bénéfice à l'observation des conditions de la cession de créance[473].

Même si le rachat du solde créditeur constitue un avantage de la part de l'associé titulaire du compte courant, ne perdons pas de vue que la responsabilité de ce dernier peut être recherchée en cas de soutien abusif de la société. Ce qui est un inconvénient. Or, un tel inconvénient est de nature à dissuader les associés à consentir des avances à la société. Il conviendrait donc de l'encadrer afin de restreindre ses effets.

---

[471] MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op cit*., p.957.

[472] Cass. Com., 22 mars 1988, n° 86-15.264.

[473] La cession de créance suppose pour sa validité et même son opposabilité que plusieurs conditions soient réunies. Comme conditions de validité, nous avons les conditions de fond telles que le consentement du cédant et du cessionnaire, la capacité, l'objet et la cause et les conditions de forme qui renvoie au caractère consensuel de la cession de créance qui suppose que ce contrat soit formé dès l'échange de consentement. Comme conditions d'opposabilité, nous avons les conditions de publicité prévue par l'article 1690 du code civil telles qu'envisagées ci-dessus.

5. L'encadrement de la responsabilité civile de l'associé titulaire du compte courant

261. Bien que le compte courant d'associé ne soit pas réglementé, la responsabilité des associés ayant consenti des avances à l'entreprise en difficultés est de plus en plus recherchée[474].

L'associé financeur encourt un risque de responsabilité au titre du soutien qu'il fournit à l'entité en difficultés. C'est le problème ancien et récurent du soutien abusif d'une entreprise dont la situation était irrémédiablement compromise. Ce risque d'être poursuivi dissuaderait, chez les associés, tout effort de sauvetage. La crainte de voir leur responsabilité recherchée pour soutien abusif, n'en demeure pas moins forte chez les associés qui se verront dans l'obligation de ne pas s'investir dans le financement des entreprises en difficultés. Or, dans un contexte économique aussi dégradé qu'est le nôtre, une telle mesure ne saurait être porteuse.

262. Le législateur OHADA devra être sensible aux arguments des prêteurs parmi lesquels les associés en mettant sur pied des mesures restrictives de leur responsabilité. Il devra à travers les nouvelles dispositions offrir une quasi-immunité à l'associé qui a apporté son concours à l'entreprise en difficultés. C'est davantage ce qui contribuera à l'effectivité du financement.

S'il est vrai que le compte courant d'associé est une source extra-bancaire de crédit aussi privilégiée de par sa fréquence d'utilisation, il n'en demeure pas moins que l'augmentation du capital par les membres de l'entreprise constitue une autre technique privilégiée de financement.

SECTION 2. L'AUGMENTATION DU CAPITAL, TECHNIQUE DE FINANCEMENT COURANTE ET INTÉRESSANTE

263. Le renflouement financier des entreprises en difficultés passe également par une augmentation de capital[475]. Celle-ci constitue d'ailleurs la voie par excellence pour

[474] Pour la mise en œuvre de cette responsabilité, les conditions de la responsabilité civile délictuelle doivent être réunies à savoir la faute de l'associé, le préjudice subi par le ou les tiers et le lien de causalité entre la faute et le préjudice.

procéder à une augmentation massive des fonds propres[476]. Si dans les sociétés de personnes telles que la société en nom collectif et la société en commandite simple au sein desquelles la responsabilité des associés est illimitée, ceux-ci contribuent au renflouement financier de l'entreprise à travers les mises de fonds gratuites, les avances sans intérêts et même les apports non rémunérés ni par des titres, ni par des intérêts, dans les sociétés de capitaux notamment la société anonyme et la société à responsabilité limitée, les associés et dirigeants peuvent contribuer au financement de l'entreprise en difficultés sous forme de souscription à des augmentations de capital[477]. Dès lors, que faut-il entendre par augmentation de capital ?

264. L'augmentation du capital ne fait l'objet d'aucune définition dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. Le législateur africain s'est contenté d'énumérer les différentes formes d'augmentation du capital sans définir la notion. Toutefois, nous pensons avec MAYATTA NDIAYE MBAYE[478] qu'elle est une opération qui consiste à augmenter la valeur du capital social de telle sorte qu'elle soit supérieure à la valeur figurant antérieurement dans les statuts[479]. Elle peut aussi intervenir pour ramener la valeur du capital à hauteur de la valeur figurant antérieurement dans les statuts. Il en est ainsi notamment lorsque le capital social était inférieur au minimum légal, comme c'est généralement le cas lorsque l'entreprise connaît des difficultés financières. Ainsi définie,

---

[475] KOM (J.), *Droit des entreprises en difficulté OHADA prévention - traitements - sanctions*, *op.cit*., pp. 54 et 55.

[476] BALI (M.), « Le renforcement des fonds propres des entreprises françaises », in *Les Petites Affiches*, 24 février 2009, n° 39, p.13.

[477] Pour les sociétés, l'augmentation de capital constitue un mode de financement des investissements au même titre que les crédits bancaires et extrabancaires. CHARTIER (Y.), *Droit des affaires Sociétés commerciales*, T. 2, Coll. Thémis, 3e éd., PUF, 1992, p. 351.

[478] MBAYE NDIAYE (M.), « Capital social », in POUGOUÉ (P.-G.) (dir.), Encyclopédie du droit OHADA, op.cit., p. 467.

[479] C'est l'hypothèse de l'augmentation du capital dans les sociétés à capital variable. Ici, l'augmentation du capital intervient indépendamment de la situation financière de l'entreprise. Stricto sensu, la société à capital variable s'entend d'une société dont le capital social n'est pas fixe et intangible. La variabilité du capital permet l'admission des versements successifs des associés ou l'admission d'associés nouveaux, le retrait d'associés et la reprise d'apports (article 269-1 de l'AUSCGIE).

l'opération une fois réalisée ne porterait-elle pas atteinte aux principes de fixité[480] et d'intangibilité [481]du capital social ?

265. Il est traditionnel de considérer le capital social comme « *le gage des créanciers* ». En tant que tel, son montant est fixe et invariable tant que les associés n'ont pas décidé de le modifier[482]. Les principes juridiques de fixité et d'intangibilité interdisent de porter atteinte au capital social qui peut toutefois subir des modifications toutes les fois qu'il y va de l'intérêt social. Ces principes n'empêchent donc pas que le capital social puisse connaître des variations justifiées par l'intérêt social[483]. De même, par dérogation au principe de fixité du capital social, celui-ci peut être variable[484] dans les conditions prévues aux articles 269-1 et suivants de l'AUSCGIE[485]. Plusieurs atteintes législatives y sont donc portées notamment l'augmentation de capital.

L'augmentation de capital constitue pour une entreprise en difficultés financières l'un des moyens de se procurer des fonds, sans avoir à supporter les charges d'un emprunt. Elle devient même indispensable lorsque les prêteurs éventuels subordonnent leurs concours à une augmentation préalable de capital[486]. C'est assurément entre autres ce qui a justifié que des restrictions soient apportées aux principes de fixité et d'intangibilité du capital social.

---

[480] La fixité est le caractère de ce qui est invariable. Adaptée au capital social, elle interdit toute modification libre du capital social et renvoie à la garantie de l'information financière donnée aux créanciers. Elle permet le blocage des sommes correspondantes au montant des apports au passif du bilan social et se ramène à ce que la doctrine qualifie de *« capital chiffre »*.

[481] L'intangibilité est le caractère de ce qui ne peut être touché. Appliquée au capital social, elle interdit qu'il soit entamé par des prélèvements et des remboursements aux associés avant la dissolution et se réduit au *« capital valeur d'actif »*.

[482] Article 67, alinéa 1 de l'AUSCGIE.

[483] L'intérêt social est une notion à contenu variable. Il traduit tantôt les nécessités du fonctionnement institutionnel, tantôt les besoins de gestion. La définition étroite de l'intérêt social la rapproche de l'intérêt commun des associés ou de l'intérêt de chacun au sein de la collectivité ; elle répond à la finalité, au but même du contrat de société. Une définition large confond l'intérêt social et l'intérêt de la société ou de l'entreprise. SCHAPIRA (J.), « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD Com*., 1971, p. 970 ; MOUTHIEU (M.A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, Thèse de Doctorat, Université de Yaoundé II- Soa, 2005-2005, pp. 550 et 551.

[484] Il est donc possible de créer des sociétés à capital variable. La clause de variabilité du capital doit être inscrite dans les statuts et être régulièrement publiée. Les mots *« à capital variable»* doivent être indiqués dans tous les actes émanant de la société et destinés aux tiers (article 269-2 de l'AUSCGIE). Il s'agit toutefois d'une technique sociétaire restrictive dans la mesure où le législateur OHADA l'a limité essentiellement aux sociétés coopératives (article 52 de l'AUDSC), aux sociétés anonymes ne faisant pas appel public à l'épargne et aux sociétés par actions simplifiées (article 269-1 de l'AUSCGIE). Lire à cet effet, MANEWA (O. B.), *La variabilité du capital social en droit OHADA*, thèse de Master, Université de Dschang, FSJP, 2010-2011, p. 16 et s.

[485] Article 67, alinéa 2 de l'AUSCGIE.

[486] NGUIHE KANTE (P.), *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficultés en droit camerounais*, Thèse précitée, p.73.

L'intérêt de l'opération pour l'entreprise en difficultés est donc indéniable. C'est sans doute fort de cela que le législateur OHADA a mis sur pied les actions de priorité [487]afin de favoriser la réussite de l'opération[488]. Dès lors, le souci de sauvetage de l'entreprise en difficultés commande que l'on s'interroge sur les différents procédés aptes à concourir au sauvetage de l'entreprise[489].

266. Plusieurs techniques permettent de réaliser l'opération d'augmentation de capital. Mais, seules retiendront notre attention ici l'augmentation du capital par souscription en numéraire et l'augmentation du capital en nature. En effet, l'augmentation du capital par incorporation des réserves, bénéfices ou provisions, l'augmentation du capital par compensation dans les sociétés anonymes ainsi que l'augmentation du capital par conversion d'obligations en actions[490] ne paraissent pas satisfaisantes pour l'entreprise en difficultés. Plusieurs raisons soutendent cette assertion. La première raison est que toutes ces techniques auront sans doute déjà été utilisées par les dirigeants de l'entreprise avant le constat de l'importance des pertes. La seconde raison relève de ce que l'entreprise en difficultés s'accommode mal de tels procédés d'augmentation de capital perçus comme de simple jeu d'écritures[491]. Ils ne procurent donc pas à l'entreprise des fonds nouveaux. Or celle-ci a besoin de fonds nouveaux pour faire face à ses difficultés. L'autre raison enfin tient du fait que même si l'entreprise en difficultés trouve en l'augmentation du capital par compensation une mesure de redressement, il lui sera difficile de mettre cela en exergue au regard des exigences

[487] Ces actions procurent à leurs titulaires des avantages que ne donnent pas les actions ordinaires. Il s'agit là d'une rupture entre actionnaires, rupture toutefois imposée par les nécessités de la vie sociale. En effet, il faut attirer les actionnaires en leur offrant des actions de priorité. Lorsque l'entreprise connaît des difficultés notamment, de telles actions auront pour impact d'encourager les actionnaires à s'investir dans une opération d'augmentation de capital initiée dans l'optique de sauver l'entreprise.

[488] Si la création des actions de priorité peut intervenir lors de la constitution de la société (article 755 de l'AUSC-GIE), c'est le plus souvent à l'occasion d'une augmentation de capital qu'elle a lieu.

[489]L'opération d'augmentation de capital peut correspondre à des buts divers. Mais dans certains cas, il s'agit de surmonter les difficultés financières de l'entreprise lorsqu'elle a « mangé » son capital. À cet effet, seules les techniques d'augmentation de capital adaptées à la situation de l'entreprise doivent être utilisées. C'est dire les techniques à même de contribuer au rétablissement de la situation financière de l'entreprise.

[490] L'Acte uniforme ne vise pas expressément l'hypothèse d'augmentation du capital par conversion d'obligations en actions. Il ne l'exclut pas non plus.

[491] L'augmentation du capital par incorporation des réserves n'est qu'un simple jeu d'écritures, consistant en un évènement au compte « *capital* » d'une somme prélevée sur un ou plusieurs comptes de réserves. La conversion des obligations en action est comme l'incorporation des réserves une opération comptable qui consiste à transférer les valeurs passives par un simple jeu d'écritures comptables. La compensation est également une opération comptable qui vient éteindre deux obligations réciproques. Lire dans ce sens MERLE (P.), *Droit commercial, sociétés commerciales, op. cit*., p.666.

inhérentes aux procédures collectives[492]. Il en est de même de l'augmentation de capital par conversion d'obligations en actions lorsque cette conversion prend la forme d'une augmentation de capital libérée par compensation. Même si ces mesures avaient été admises par le législateur africain, elles ne pouvaient en tout état de cause permettre à l'entreprise de se procurer des fonds nouveaux, comme c'est principalement le cas dans l'augmentation du capital par souscription en numéraire (§ 1), et accessoirement dans l'augmentation du capital par apport en nature (§2).

§1. L'augmentation du capital par souscription en numéraire, moyen de financement principal

267. L'augmentation du capital par apport en numéraire est l'hypothèse d'augmentation du capital la plus intéressante pour l'entreprise en difficultés. Il s'agit en effet de trouver de « *l'argent frais* » pour redynamiser son activité[493]. Elle est minutieusement règlementée par les articles 360 à 365 de l'AUSGGIE concernant les SARL et les articles 562 à 580 relatifs aux SA.

L'augmentation du capital en numéraire peut donner lieu soit à l'émission d'actions nouvelles[494], soit à l'augmentation de la valeur nominale des actions existantes[495].

268. L'augmentation du capital par majoration de la valeur nominale des actions existantes est une opération qui augmente les engagements des actionnaires. Elle ne peut à cet effet être décidée qu'avec le consentement unanime de ces derniers[496]. Cette

---

[492] En effet, le jugement qui ouvre la procédure de règlement préventif interdit au débiteur, sous peine d'inopposabilité de droit de payer, en tout ou en partie les créances nées antérieurement (article 11 de l'AUPCAP). De même, est inopposable de droit s'il est fait pendant la période suspecte tout paiement quelque soit le mode. La compensation étant un mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires, ne peut valablement intervenir ni en période suspecte ni après l'ouverture de la procédure collective.

[493] ANOUKAHA (F.), NGUEBOU TOUKAM (J.) et POUGOUE (P.-G.), *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Coll. Droit uniforme, PUA, 1998, p. 248. Les fonds ne doivent cependant pas avoir une origine douteuse. Afin que le but escompté par l'opération soit atteint, les fonds ne doivent pas provenir de la drogue ou de l'activité des organisations criminelles.

[494] Les actions nouvelles peuvent être libérées par apports d'espèces avec ou sans prime d'émission, avec ou sans droit préférentiel de souscription ou par compensation avec des créances certaines, liquides et exigibles sur la société. Par émission d'actions nouvelles, il faut entendre l'offre de souscription faites aux actionnaires et non la création des titres résultant de l'inscription en compte.

[495] Article 562, alinéa 1 de l'AUSCGIE. L'augmentation du capital par majoration de la valeur nominale des actions peut être réalisée par apports en numéraire, par incorporation des réserves, bénéfices ou prime d'émission, par compensation avec les créances certaines, liquides et exigibles sur la société et par apport en nature.

[496] Article 562, alinéa 3 de l'AUSCGIE. Il ne peut être dérogé à ce principe que si l'augmentation du capital par majoration de la valeur nominale des actions existantes est réalisée par incorporation de réserves, bénéfices ou prime

exigence de nature à alourdir la procédure est à coup sûr ce qui justifie que ce procédé d'augmentation du capital soit moins prisé en pratique que celui de l'émission d'actions nouvelles sur lequel nous nous appesantirons.

269. L'augmentation du capital par émission d'actions nouvelles est davantage intéressante pour l'entreprise en ce sens que la procédure s'avère moins lourde que celle relative à l'augmentation du capital par majoration du montant nominal des actions[497]. En contrepartie des apports en numéraire effectués à l'entreprise, celle-ci peut émettre de nouvelles actions pour un montant correspondant à l'augmentation de capital. Ces actions doivent être effectivement libérées[498].

Dans l'optique de protéger les actionnaires, le législateur OHADA a minutieusement règlementé la mise en œuvre de ce procédé d'augmentation du capital (A) tout en assurant une meilleure protection de l'apporteur en numéraire (B).

A. La mise en œuvre de l'augmentation du capital par souscription en numéraire

270. Le législateur OHADA soumet l'augmentation du capital par souscription en numéraire à des conditions très strictes (1). Il reconnait également aux anciens actionnaires un droit préférentiel de souscription (2) devant être pris en compte dans la réalisation (3) de ce mode d'augmentation de capital aussi intéressante. De plus, comme

---

d'émission (article 562 alinéa 3 AUSG-GIE). Dans ce cas, l'augmentation du capital n'est décidée par l'assemblée générale extraordinaire qu'aux conditions de quorum et de majorité prévues aux articles 549 et 550 de l'AUSCGIE pour les assemblées ordinaires. De la sorte, l'assemblée ne pourra valablement délibérer que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote sur première convocation. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis (article 549, alinéa 2 de l'AUSCGIE). En outre, l'assemblée doit statuer à la majorité des voix exprimées. Dans le cas où il est procédé à un scrutin, il n'est pas tenu compte des bulletins blancs dont disposent les actionnaires présents ou représentés (article 550 de l'AUSCGIE). Lire dans ce sens MBAYE NDIAYE (M.) « Capital social », *préc.,* p. 469.

[497] De la lecture combinée des alinéas 2 et 3 de l'article 562 de l'AUSCGIE, il ressort que la procédure de l'augmentation du capital par émission d'actions nouvelles est moins lourde que la procédure de l'augmentation du capital par majoration du montant nominal des actions car cette dernière requiert le consentement unanime des actionnaires.

[498] Les actions nouvelles sont émises soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission (article 563 de l'AUSCGIE). La valeur nominale des actions est, donc librement fixée par l'assemblée générale statuant sur l'augmentation du capital. Quoiqu'il en soit, les actions nouvelles sont assimilées aux actions anciennes ou à une catégorie d'actions anciennes. La prime d'émission est la prime d'émission est la somme d'argent que doit payer un souscripteur d'actions lors d'une émission, en plus du capital nominal de l'action qu'il souscrit. Elle est imposée aux nouveaux actionnaires. Sa finalité est double. D'une part, elle permet de couvrir les frais de l'opération d'augmentation du capital si bien que la société dispose de l'intégralité de l'augmentation nominale du capital. D'autre part, elle permet d'égaliser les droits des actionnaires anciens et nouveaux, en compensant l'avantage consenti aux nouveaux actionnaires qui acquièrent des droits sur les réserves déjà constituées ou sur les plus-values d'actif apparentes ou latentes. Lire dans ce sens MERLE (P.), *Droit commercial, sociétés commerciales, op.cit*., p.655.

toute modification des statuts, l'augmentation du capital par apport en numéraire doit faire l'objet d'une publicité (4).

1. Les préalables à l'augmentation du capital par souscription en numéraire

271. L'augmentation du capital par souscription en numéraire est soumise à des conditions préalables sans lesquelles l'opération ne saurait être valablement réalisée. Il s'agit notamment de la libération intégrale du capital antérieurement souscrit (a) et de la prise de décision par l'organe compétent (b).

a. La libération intégrale du capital antérieurement souscrit

272. Dans les sociétés à capital fixe, l'augmentation du capital par apports en numéraire est subordonnée à la libération du capital antérieurement souscrit[499]. Il ressort en effet de l'article 572 de l'AUSCGIE que le capital social doit être intégralement libéré avant toute émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire, sous peine de nullité[500] de l'augmentation du capital. Le non respect de cette condition est également sanctionné sur le plan pénal[501]. La règle est donc imposée à peine de nullité et de sanctions civiles et/ou pénales à l'encontre des dirigeants[502]. La solution est logique : la société doit d'abord réclamer à ses actionnaires la libération des actions qu'ils avaient souscrites lors de la constitution de la société ou à l'occasion d'une précédente augmentation de capital. Ce n'est qu'ensuite qu'elle pourra lancer une nouvelle opération.

273. En outre, lorsque la société est constituée sans appel public à l'épargne, l'augmentation de capital réalisée avec appel public à l'épargne moins de deux ans après sa constitution doit être précédée d'une vérification[503] de l'actif et du passif, ainsi que le

[499] La libération du capital se fait par le versement des fonds et est constatée par la déclaration notariée de souscription et de versement. Les simples appels de fonds par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas ne sauraient constituer une libération des fonds.
[500] La nullité est dans ce cas absolue. C'est dire qu'elle tend à protéger l'intérêt général et peut à cet effet être invoquée par tout intéressé.
[501] Article 893 de l'AUSCGIE.
[502] Le défaut de libération intégrale du capital préalablement à l'émission d'actions nouvelles à libérer en numéraire provoque la nullité de l'augmentation du capital, engage la responsabilité civile des dirigeants sociaux pour le préjudice subi par les tiers ou les actionnaires du fait de l'accomplissement irrégulier d'une prescription légale en matière d'augmentation de capital. Il peut également entraîner à l'égard des administrateurs ou des directeurs généraux, l'application des sanctions pénales.
[503] Cette vérification se fait dans les mêmes conditions que l'évaluation des apports en nature et des avantages particuliers.

cas échéant, des avantages particuliers consentis[504]. En l'absence de disposition expresse, l'inobservation de cette procédure n'entraîne pas la nullité de l'augmentation du capital. Toutefois, les dirigeants sociaux peuvent être responsables du préjudice causé aux tiers ou aux actionnaires par la violation des prescriptions de l'article 836 de l'AUSCGIE. De même, ils peuvent encourir les sanctions pénales telles que prévues à l'article 893 de l'AUSCGIE. Le législateur OHADA veut ainsi éviter la fraude qui consisterait pour une société à se constituer sous la forme simplifiée, puis à faire immédiatement après, publiquement appel à l'épargne.

274. Dans les sociétés à capital variable, ce sont les statuts qui organisent les modalités de libération. Il ressort en effet de l'article 269-2-1 de l'AUSCGIE que par dérogation aux dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des sociétés commerciales, les statuts des sociétés à capital variable organisent les modalités de souscription, de libération et de reprise des apports. De la sorte, les associés peuvent convenir que le capital social sera augmenté quand bien même le capital antérieurement souscrit ne sera pas entièrement libéré en insérant une clause y afférente dans les statuts.

Que le capital de la société soit intégralement libéré ou non, toute augmentation de capital ne peut être décidée ou autorisée que par l'organe compétent.

b. La décision d'augmentation de capital par l'organe compétent

275. Considérée comme une modification des statuts, l'augmentation du capital social des sociétés à responsabilité limitée ne peut être décidée que par les associés représentant au moins les trois quarts du capital social[505]. Cette règle s'applique à toutes les formes d'augmentation de capital à l'exception de celles réalisées par incorporation

[504] Article 826 de l'AUSCGIE. Le délai de deux ans à l'issue duquel la procédure de contrôle n'a plus à être suivie, court à compter de la constitution de la société, c'est-à-dire à compter du jour de la signature des statuts et non de l'immatriculation.

[505] Article 358 de l'AUSCGIE. Dans le cas général, l'augmentation de capital est décidée à la majorité de 3/4. Lorsqu'une majorité de blocage c'est-à-dire les associés représentant entre 25 et 50%, s'y oppose, alors par exemple que l'augmentation de capital est nécessaire à la survie, ou utile à l'essor de l'entreprise, la question peut se poser sur le terrain de l'abus de minorité. La loi ne prévoit pas de droit préférentiel de souscription dans les SARL. Les statuts peuvent toutefois le prévoir. En outre, la jurisprudence (Cour de cass. com. 18 fév. 2004, dr. sociétés, juin 2004, n° 105, p.23 note J.-M. et H. HOVASSE) décide que dès lors que l'assemblée générale qui se réunit au terme de la procédure d'augmentation de capital n'a pour objet que de constater cette augmentation et attirer les conséquences, elle ne peut modifier la décision d'augmentation telle qu'elle a été prise dans la première assemblée générale. VIDAL (D.), *Droit des sociétés, op. cit.,* p. 455 ; PETIT (B.), « Augmentation des engagements des associés : clause statutaire adoptée à l'unanimité (limites) », *Bulletin Joly Sociétés*, n° 11, 01 novembre 1998, p. 1148-1151.

des réserves qui peuvent être prises par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales[506].

276. Dans les sociétés anonymes, le pouvoir de décider de l'augmentation du capital[507] appartient exclusivement à l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires[508]sur le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, et sur le rapport du commissaire aux comptes[509]. Lorsque l'augmentation du capital est réalisée par incorporation de réserves, bénéfices ou prime d'émission, l'assemblée générale statue aux conditions de quorum et de majorité prévues aux articles 549 et 550 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales pour les assemblées générales ordinaires[510].

S'il est du pouvoir exclusif de l'assemblée générale extraordinaire[511] de décider ou, le cas échéant, d'autoriser une augmentation du capital, il reste que cette assemblée ne saurait valablement délibérer que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins la moitié des actions, sur première convocation, et le quart des actions, sur deuxième convocation[512]. Lorsque le quorum n'est pas réuni, l'assemblée peut être une

---

[506] Article 360 de l'AUSCGIE. Il ressort de cet article que par dérogation aux dispositions de l'article 358 de l'AUSCGIE, la décision d'augmenter le capital social par incorporation des bénéfices ou des réserves est prise par les associés représentant au moins la moitié des parts sociales. Cette exception est justifiée par l'intérêt que représente pour l'entreprise la « *consolidation* » de ses fonds propres. VIDAL (D.), *Droit des sociétés, op. cit*., p. 454.

[507] L'augmentation du capital est proposée à l'assemblée générale extraordinaire par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas. Une délibération préalable du conseil d'administration ou de l'administrateur général doit décider de convoquer une assemblée générale extraordinaire qui statuera sur l'augmentation du capital. Cette même délibération doit également arrêter le texte du rapport spécial qui sera présenté à l'assemblée générale des actionnaires. Ledit rapport doit contenir toutes les informations utiles sur les motifs de l'augmentation du capital proposé ainsi que sur la marche des affaires sociales depuis le début de l'exercice en cours et, si l'assemblée générale ordinaire appelée à statuer sur les comptes n'a pas encore été tenue, pendant l'exercice précédent (article 570 de l'AUSCGIE). En outre, ce rapport doit contenir les principales options proposées à l'assemblée générale relative aux modalités de réalisation de l'augmentation du capital ainsi que les mentions contenues dans les articles 589 et 758 de l'AUSCGIE. Voir à cet effet MBAYE NDIAYE (M.), « Capital social », *préc*., p. 468.

[508] Est réputée non écrite, toute clause contraire, conférant au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, le pouvoir de décider de l'augmentation du capital (article569 de l'AUSCGIE).

[509] Article 564 de l'AUSCGIE ; GUIRAMAND (F.) et HERAUD (A.), *Droit des sociétés corrigés*, MANUEL, DUNOD, 2003, p. 65.

[510] Article 565 de l'AUSCGIE. Il ressort de l'article 549, alinéa 1 de l'AUSCGIE que l'assemblée générale ordinaire ne délibère valablement, sur première convocation, que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le quart des actions ayant le droit de vote. L'alinéa 2 du même texte ajoute que sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis. L'article 550 dispose pour sa part que l'assemblée générale ordinaire statue à la majorité des voix exprimées. Dans le cas où il est procédé à un scrutin, il n'est pas tenu compte des bulletins blancs dont disposent les actionnaires présents ou représentés.

[511] Sur les assemblées en droit des sociétés commerciales, lire DJOUAKEP (J.), *Les assemblées en droit des sociétés commerciales de l'OHADA le cas de la SA*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2011, 141 pages.

[512] Article 553, alinéa 1er de l'AUSCGIE

troisième fois convoquée dans un délai qui ne saurait excéder deux mois à compter de la date fixée par la deuxième convocation, le quorum restant fixé au quart des actions[513].

277. L'assemblée générale extraordinaire peut toutefois déléguer[514]au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, les pouvoirs nécessaires à l'effet de réaliser l'augmentation du capital en une ou plusieurs fois, d'en fixer tout ou partie des modalités, d'en constater la réalisation et de procéder à la modification corrélative des statuts[515]. À la lecture de l'article 568 de l'AUSCGIE, il ressort que cette délégation peut être globale ou partielle, ponctuelle ou générale. Elle peut porter sur plusieurs catégories de valeurs mobilières ou sur l'émission d'une catégorie déterminée de valeurs mobilières[516]. Toutefois, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, ne peut agir que dans le cadre des pouvoirs qui lui sont délégués[517]. Lorsque les souscriptions n'atteignent pas le montant total de l'augmentation du capital, seule l'assemblée générale peut autoriser la limitation de l'augmentation du capital.

278. Au moment où il fait usage de son autorisation, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, établit un rapport complémentaire qui sera par la suite soumis au commissaire aux comptes pour vérification. Ce dernier devra vérifier notamment la conformité des modalités de l'opération au regard de l'autorisation donnée par l'assemblée générale et des indications fournies à celle-ci. Un rapport sera à cet effet dressé.

Les rapports complémentaires établis par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, et le commissaire aux comptes doivent être immédiatement mis à la disposition des actionnaires au siège social. Ce dépôt doit se faire au plus tard dans les quinze jours suivant la réunion du conseil d'administration ou

[513]Article 553, alinéa 2 de l'AUSCGIE.

[514] Lorsque l'assemblée générale a délégué ses pouvoirs, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, établit au moment où il fait usage de son autorisation un rapport complémentaire décrivant les conditions définitives de l'opération établie conformément à l'autorisation donnée par l'assemblée générale. Ce rapport doit en outre contenir les mentions exigées à l'article 589 de l'AUSCGIE pour le rapport principal (article 592, alinéa 1 de l'AUSCGIE). Par ailleurs, il ressort de l'article 592 alinéa 2 que le commissaire aux comptes doit vérifier notamment la conformité des modalités de l'opération au regard de l'autorisation donnée par l'assemblée et des indications fournies à celle-ci.

[515] Article 568 de l'AUSCGIE.

[516] MBAYE NDIAYE (M.), « Capital social », *préc*., p. 468.

[517] Le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, peut sous-déléguer les mêmes pouvoirs à lui conférés ou quelques uns d'entre eux au président du conseil d'administration, au président directeur général ou à l'administrateur général adjoint selon le cas.

la délibération de l'administration générale et portés à la connaissance des actionnaires à la plus prochaine assemblée[518].

279. Dans les sociétés par actions simplifiées, les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et ordinaires en matière d'augmentation de capital sont, dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés[519].

Outre les conditions préalables à l'augmentation de capital, la mise en œuvre de l'augmentation du capital par apports en numéraire permet de mettre en exergue le droit préférentiel de souscription qui est un droit reconnu aux anciens actionnaires.

2. Le droit préférentiel de souscription des anciens actionnaires

280. Le droit préférentiel de souscription est la faculté accordée aux actionnaires des sociétés anonymes, par priorité à tous les autres et proportionnellement au montant nominal des actions qu'ils possèdent de souscrire aux nouvelles actions émises en numéraire pour réaliser une augmentation de capital[520]. Il en découle que ce droit n'est créé que pour la souscription des actions de numéraires émises par les sociétés de capitaux[521] ; il ne vise pas l'augmentation de capital en nature ou par incorporation des réserves au capital[522].

Toute augmentation de capital en numéraire ouvre donc aux actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions[523], un droit de préférence à la souscription des actions nouvelles[524]. Toute clause contraire est réputée non écrite[525]. Le

---

[518]Article 592, alinéa 3 de l'AUSCGIE.

[519]Article 853-11, alinéa 2 de l'AUSCGIE.

[520] GUIRAMAND (F.) et HERAUD (A.), *Droit des sociétés manuel et applications*, 8e éd., DUNOD, 2001, p. 277 ; ANOUKAHA (F.), NGUEBOU TOUKAM (J.) et POUGOUE (P.-G.), *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, *op. cit.*, p. 248.

[521] Dans les sociétés à responsabilité limitée, l'Acte uniforme ne fait aucunement allusion au droit préférentiel de souscription ; mais rien n'empêche les associés d'insérer dans les statuts une clause prévue à cet effet. ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, Sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op. cit.*, p. 393.

[522] MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op.cit.*, p. 1626 ; KOAGNE (J. C.), *Le droit préférentiel de souscription dans la société anonyme (OHADA*), Thèse de Master, Université de Dschang, janvier 2012, p. 11.

[523] Toutes les actions comportent un droit préférentiel de souscription aux augmentations du capital . Le droit préférentiel de souscription fait en effet partie des droits attachés aux actions comme le droit de vote ou le droit au dividende. Son inobservation est donc sanctionnée par la nullité de l'opération d'augmentation du capital et éventuellement la responsabilité civile et pénale des dirigeants sociaux et des commissaires aux comptes (articles 894 et 895 de l'AUSCGIE).

[524] Article 573 de l'AUSCGIE.

droit préférentiel de souscription[526] a pour objet de dédommager les actionnaires, au moment d'une augmentation de capital, en raison des droits que vont acquérir les nouveaux actionnaires sur les réserves de la société[527]. Il est d'ordre public. Il ne peut pas être réduit[528], c'est le droit de souscription à titre irréductible[529]. Droit individuel de l'actionnaire, il permet à celui-ci de conserver dans la société la même proportion de capital, donc les mêmes droits, avant et après l'opération, s'il y souscrit[530].

281. Bien qu'un tel droit soit consacré, un actionnaire n'est jamais obligé de souscrire à une augmentation du capital, sinon ses engagements augmenteraient, ce qui est interdit par l'article 551, alinéa 4 de l'AUSCGIE. En pratique toutefois, il peut être dangereux pour un actionnaire de ne pas souscrire. D'une part, il peut perdre, par

---

[525] La logique de ce mécanisme voudrait que les nouvelles actions à souscrire soient d'abord proposées aux actionnaires en place avant tout éventuel recours aux tiers au cas où on ne parvenait pas à réunir le capital escompté auprès des actionnaires.

[526] Il a une fonction égalitaire en ce sens qu'il appartient en principe à tout actionnaire. Mais la loi prévoit la possibilité pour l'assemblée générale extraordinaire d'en décider autrement[526] et celle pour l'actionnaire de la céder [526] ou d'y renoncer[526].

[527] MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op.cit.*, p. 1626.

[528] Le droit préférentiel de souscription ne peut être réduit : c'est le « *droit de souscription à titre irréductible* ». Mais les actionnaires peuvent décider de ne pas souscrire à l'augmentation du capital et choisir de céder leurs droits de souscription à d'autres personnes (article 574, alinéa 2 de l'AUSCGIE). La souscription à titre irréductible est celle que chaque actionnaire a le droit d'exercer proportionnellement au montant des actions qu'il possède. Le montant ainsi visé des actions est celui de leur « valeur nominale ». Il n'est donc pas tenu compte du cours des actions en bourse ni de la prime d'émission. L'actionnaire qui ne possède pas un nombre suffisant d'actions anciennes pour participer à la souscription à titre irréductible peut acheter des droits ou bien vendre ses droits. L'actionnaire qui désire ne pas souscrire personnellement à l'augmentation de capital, ou n'y souscrire que pour partie, cède en général ses droits de souscription inutilisés. Néanmoins, il est libre s'il le préfère, de ne pas exercer son droit. Une procédure de renonciation individuelle est d'ailleurs prévue (article 593 de l'AUSCGIE). En ce qui concerne les actions non souscrites à titre irréductible (article 576 de l'AUSCGIE) et à la condition que l'assemblée générale des actionnaires l'ait expressément décidé, elles seront attribuées aux actionnaires qui auront souscrit à titre réductible un nombre d'actions supérieur à celui qu'ils pouvaient souscrire à titre préférentiel, proportionnellement aux droits de souscription dont ils disposent et en tout état de cause dans la limite de leurs demandes. Pour le calcul du nombre d'actions non souscrites, il est tenu compte de celles qui correspondent aux droits préférentiels de souscription auxquels les actionnaires ont renoncé à titre individuel sans indication du nom des bénéficiaires. Toutefois, lorsque cette renonciation a été notifiée à la société au plus tard à la date de la décision de réalisation de l'augmentation du capital, les actions correspondantes sont mises à la disposition des autres actionnaires pour l'exercice de leur droit préférentiel de souscription. Si les souscriptions à titre irréductibles, et le cas échéant, les souscriptions à titre réductibles ne suffisent pas à réaliser la souscription intégrale de l'augmentation du capital, plusieurs autres possibilités sont offertes à l'assemblée générale extraordinaire. Celle-ci peut par exemple ordonner la répartition des actions non souscrites (article 579 alinéa 2 AUSC-GIE). Cette répartition est librement faite par les dirigeants sociaux au profit de toutes personnes désirant souscrire, actionnaires ou non actionnaires, sous réserve, dans ce dernier cas, de respecter les dispositions des clauses d'agrément éventuelles. De même, les dirigeants sociaux peuvent offrir au public des actions non souscrites. Cette offre peut concerner tout ou partie des actions non souscrites (article 579 alinéa 3 AUSC-GIE). L'assemblée générale peut également décider de limiter le montant de l'augmentation du capital au montant des souscriptions recueillies si celles-ci atteignent au moins les trois quarts de l'augmentation de capital qui a été décidée (article 580, alinéa 2 de l'AUSCGIE) ou lorsque les actions souscrites représentent 97% de l'augmentation du capital (article 580 alinéa 3).

[529] Article 573, alinéa 2 *in fine* l'AUSCGIE.

[530] MERLE (P.), *Droit commercial Sociétés commerciales*, *op.cit.*, p. 656.

exemple la minorité de blocage qu'il détenait avant l'opération. D'autre part, le défaut de réalisation de l'augmentation de capital peut entraîner la liquidation de l'entreprise jadis redressable. L'implication des actionnaires à l'opération d'augmentation du capital est d'autant plus souhaitable que c'est à coup sûr l'une des raisons d'être du droit préférentiel de souscription qui leur est réservé. Il conviendrait dès lors de s'appesantir sur la mise en œuvre de ce droit (a), sa suppression (b), sa suspension (c) et sa renonciation (d).

a. L'exercice du droit préférentiel de souscription

282. L'exercice du droit préférentiel[531]de souscription est réservé aux actionnaires dont les actions sont intégralement libérées. Les actionnaires qui ne peuvent exercer les droits attachés à leurs actions sont également privés du droit d'exercer leur droit préférentiel de souscription[532].

Lorsque les actions anciennes sont grevées d'un usufruit et si les parties, à savoir l'usufruitier et le nu-propriétaire, n'arrivent pas à se mettre d'accord, les textes prévoient que le droit préférentiel de souscription appartient au nu-propriétaire[533]. Les actions

[531] Le droit préférentiel de souscription d'ordre public s'exerce à titre irréductible et éventuellement à titre réductible. D'abord à titre irréductible, les actionnaires ont, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions en numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital (article 573, alinéa 2 de l'AUSCGIE). Cette faculté de souscription d'un nombre déterminé de titre est négociable lorsqu'elle est détachée d'actions elles-mêmes négociables. Dans le cas contraire, ce droit est cessible dans les mêmes conditions que l'action elle-même (article 574 de l'AUSCGIE). Ensuite, à titre réductible. Passé le délai de souscription à titre irréductible, l'assemblée des actionnaires peut décider de repartir les titres non souscrits. Les actionnaires qui le désirent souscrivent alors, dans la limite des titres encore disponibles mais proportionnellement aux droits de souscription qu'ils possèdent et dans la limite de leur demande (article 576 de l'AUSCGIE).Ce droit de souscription à titre réductible doit à peine de nullité être prévu par l'assemblée générale extraordinaire qui a décidé l'augmentation de capital. Lire à cet effet, GUIRAMAND (F.) et HERAUD (A.), *Droit des sociétés manuel et applications*, *op. cit*., p. 277 et s.

[532] S'il existe des actions à dividende prioritaire sans droit de vote, leurs titulaires bénéficient dans les mêmes conditions que les actionnaires ordinaires d'un droit préférentiel de souscription. Toutefois, l'assemblée générale extraordinaire peut décider, après avis de l'assemblée spéciale des titulaires de ces actions, que leur droit préférentiel de souscription ne pourra s'exercer que sur de nouvelles actions à dividende prioritaire sans droit de vote à émettre.

[533]Articles 581 et 582 de l'AUSCGIE. Toutefois, si le nu-propriétaire cède ses droits de souscription, les sommes provenant de la cession ou les biens acquis en remploi au moyen de ces sommes sont soumis à l'usufruit (article 582, alinéa 2 AUSC-GIE). Au cas où le nu-propriétaire néglige son droit préférentiel de souscription, l'usufruitier peut se substituer à lui pour souscrire aux actions nouvelles ou pour vendre les droits de souscription. Dans ce dernier cas, le nu-propriétaire peut exiger le remploi des sommes provenant de la cession (article 583 de l'AUSCGIE). Le nu-propriétaire d'actions est réputé avoir négligé l'exercice de son droit préférentiel de souscription aux actions nouvelles émises par la société lorsqu'il n'a ni souscrit d'actions nouvelles, ni vendu les droits de souscription, huit (08) jours au moins avant l'expiration du délai de souscription accordé aux actionnaires (article 584 de l'AUSCGIE).

nouvelles appartiennent au nu-propriétaire pour la nue propriété et à l'usufruitier pour l'usufruit[534].

283. Sur le plan des régimes matrimoniaux, seront considérées comme « *propres* » de l'époux actionnaire les actions nouvelles souscrites en vertu du droit préférentiel attaché à ses actions propres, sauf récompense à la communauté s'il y a lieu. En effet, l'article 1406 du C. civ.[535] vise dans ce sens les « *valeurs mobilières propres* ». Au cas où tout ou partie des actions nouvelles serait libéré au moyen de fonds appartenant à la communauté, une récompense[536] serait due, lors de la dissolution de la communauté, dans le patrimoine du bénéficiaire[537]. En ce qui concerne les actions inscrites au nom d'un époux commun en biens, seul l'époux concerné exerce les droits de souscription attachés à ces actions.

Les salariés attributaires d'actions propres de la société au titre de la participation aux résultats de l'entreprise exercent les droits de souscription ou d'attribution qui sont attachés de ces titres. S'ils n'entendent pas les exercer eux-mêmes, ils peuvent les négocier et cela même pendant la période durant laquelle ces actions ne sont pas elles-mêmes négociables.

284. Lorsque les actions sont remises en nantissement, sauf convention contraire, le droit préférentiel de souscription ne peut pas être exercé par le créancier qui détient les actions à titre de nantissement. Ce droit demeure attaché à la propriété des titres nantis et appartient donc au constituant. Tout titre venant en substitution ou en complément de ceux constitués en gage[538], est sauf convention contraire, compris dans l'assiette du gage à la date de la déclaration de constitution du gage.

---

[534] Article 585 de l'AUSCGIE.

[535] Aux termes de l'article 1406 c.civ, forment des propres, sauf récompense à la souscription s'il y a lieu, les biens acquis à titre d'accessoires d'un bien propre ainsi que les valeurs nouvelles et autres accroissements se rattachant à des valeurs mobilières propres.

[536] C'est une compensation due à la dissolution du mariage, toutes les fois que l'un des époux a tiré profit des biens communs (cet époux doit récompense à la communauté) ou lorsque la communauté s'est enrichie à partir d'un bien propre de l'un des époux sans qu'il y ait compensation (la communauté doit alors récompense à l'époux concerné). GATSI (J.), *Nouveau dictionnaire juridique*, *op. cit.*, p. 267.

[537] La récompense est, en général, égale à la plus faible des deux sommes que représentent la dépense faite et le profit subsistant. Elle ne peut toutefois, être moindre que la dépense faite quand celle-ci était nécessaire.

[538] Par suite d'échanges, de regroupements, de divisions, d'attributions gratuites, de souscription en numéraire ou autrement.

Le délai accordé aux actionnaires pour l'exercice du droit préférentiel de souscription ne peut être inférieur à vingt jours à dater de l'ouverture de la souscription[539]. Ce délai se trouve clos par anticipation dès que tous les droits de souscription à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible ont été exercés, ou que l'augmentation de capital a été intégralement souscrite après renonciation individuelle à leur droit de souscription, par les actionnaires qui n'ont pas souscrit[540].

Ces possibilités de clôture anticipée des souscriptions et de couverture complète de l'augmentation du capital supposent que tous les actionnaires qui pouvaient souscrire et ne l'ont pas fait aient notifié à la société leur renonciation individuelle au droit préférentiel de souscription. Il est également nécessaire que la totalité des actions émises aient été souscrites par les actionnaires ou par les tiers bénéficiaires des renonciations[541]. Ce qui ne saurait être le cas lorsque l'assemblée générale qui décide ou autorise une augmentation de capital, supprime le droit préférentiel de souscription pour la totalité de l'opération ou pour une ou plusieurs branches de celle-ci.

b. La suppression du droit préférentiel de souscription

285. Le droit préférentiel de souscription n'est pas un droit intangible. Si les statuts ne peuvent pas le supprimer[542], sa suppression[543] peut néanmoins être décidée par l'assemblée des actionnaires[544].

L'assemblée générale extraordinaire qui décide ou autorise une augmentation de capital avec ou sans appel public à l'épargne, peut, en faveur d'un ou de plusieurs bénéficiaires nommément désignés ou non, supprimer le droit préférentiel de souscription

[539] Article 577 de l'AUSCGIE.
[540] Article 578 de l'AUDCGIE.
[541] MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 1629.
[542] GUIRAMAND (F.) et HERAUD (A.), *Droit des sociétés manuel et applications*, *op. cit*., p. 279.
[543] La suppression du droit préférentiel de souscription est exceptionnelle en ce sens qu'elle rompt la règle de l'égalité des actionnaires lorsque les bénéficiaires sont une catégorie d'actionnaires.
[544] Afin de permettre l'ouverture du capital de la société à des partenaires extérieurs, l'assemblée générale extraordinaire peut voter la suppression totale ou partielle du droit préférentiel de souscription. GUIRAMAND (F.) et HERAUD (A.), *Droit des sociétés manuel et applications*, *op. cit*., p. 279.

pour la totalité de l'augmentation du capital ou pour une ou plusieurs tranches de celle-ci[545].

286. Certaines augmentations de capital nécessitent que les actionnaires soient privés de leur droit préférentiel de souscription à titre irréductible. Tel est le cas lorsqu'un tiers souhaite entrer dans la société ou lorsqu'un créancier important accepte de convertir sa créance en actions. La suppression du droit préférentiel de souscription est davantage opportune lorsque l'entreprise connaît des difficultés. En effet, elle peut intervenir afin de sauver l'entreprise en faisant entrer dans son capital un tiers par le truchement de l'augmentation de capital, ou encore lorsque la société entend attribuer des actions nouvelles à ses salariés.

La suppression du droit préférentiel de souscription relève de la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire[546]. Celle-ci ne peut ni émettre les motifs de la suppression, ni supprimer le droit préférentiel de souscription sans motifs sérieux[547]. Aussi, sa décision ne saurait être justifiée par la volonté de défavoriser certains actionnaires de la société[548].

287. Lorsque l'augmentation de capital est réalisée par appel public à l'épargne, l'assemblée générale peut également supprimer le droit préférentiel de souscription, que la société émettrice soit cotée ou non. Cette suppression se fait dans les mêmes conditions et délais[549] que la suppression en faveur de bénéficiaires nommément désignés[550].

---

[545] Articles 586 et 839, alinéa 1 de l'AUSCGIE. La suppression du droit préférentiel de souscription limitée à une ou plusieurs tranches de l'augmentation du capital permet de concilier l'entrée de nouveaux actionnaires et un apport de fonds propres par les actionnaires existants.

[546] Elle peut toutefois déléguer ses pouvoirs au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas. L'organe délégué établit, au moment où il fait usage de son autorisation, un rapport complémentaire contenant les indications énumérées à l'article 592, alinéa 1 de l'AUSCGIE. L'avis du commissaire est dans ce cas nécessaire (article 592, alinéa 2 de l'AUSCGIE). Il devra d'ailleurs rédiger un rapport à cet effet. Les différents rapports sont immédiatement mis à la disposition des actionnaires au siège social, au plus tard dans les quinze (15) jours qui suivent la réunion du conseil d'administration ou la délibération de l'administrateur général et portés à leur connaissance à la plus prochaine assemblée (article 592, alinéa 3 de l'AUSCGIE). L'assemblée générale extraordinaire statue, à peine de nullité, sur le rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas. Ils doivent indiquer dans leur rapport à l'assemblée générale les motifs de l'augmentation du capital, les raisons pour lesquelles la suppression du droit préférentiel de souscription est proposée, les personnes auxquelles seront attribuées les actions nouvelles et le nombre d'actions attribuées à chacune d'elles, le taux d'émission et les bases sur lesquelles il a été déterminé (articles 589 et 758 de l'AUSCGIE).

[547] Lorsque l'assemblée générale a décidé de supprimer le droit préférentiel de souscription des actionnaires, ceux-ci n'ont pas à être informés de l'émission d'actions nouvelles et de ses modalités. Si cette suppression a été décidée au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires actionnaires, ceux-ci ne peuvent pas participer au vote ni pour eux-mêmes, ni comme mandataires et leurs actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité.

[548] MBAYE NDIAYE (M.), « Capital social », *préc*., p. 474.

[549] Il ressort implicitement de l'article 838, alinéa 1 de l'AUSCGIE que la durée de validité de cette suppression est limitée à deux (02) ans à compter de l'assemblée générale qui l'a autorisée. L'alinéa 2 du même article prévoit que

Pour la suppression du droit de préférence des actionnaires, l'AUSCGIE exige en son article 588 un rapport dont le contenu est mentionné à l'article 589[551].

Lorsque les circonstances n'exigent pas la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires, ceux-ci vont mettre en exergue leur droit proportionnellement au montant de leurs actions initiales et ceci par priorité. Seulement, le droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital étant attaché aux actions, seuls les actionnaires titulaires des actions en numéraire intégralement libérés au jour de l'augmentation de capital pourront mettre en exergue leur droit. C'est dire que les actionnaires n'ayant pas intégralement libéré les actions en numéraire à ce jour, verront purement et simplement leur droit préférentiel de souscription suspendu.

c. La suspension du droit préférentiel de souscription

288. Tout actionnaire qui n'aurait pas libéré les sommes qui restent à verser sur le montant des actions qu'il détient avant l'augmentation du capital ne peut se prévaloir du droit préférentiel de souscription. En effet, les actions en numéraire sont libérées au moins au quart de leur valeur à la souscription, le solde étant versé au fur et à mesure des appels du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, dans un délai de trois ans à compter de la date de souscription[552].

En cas de non paiement des sommes restant à verser sur les actions non libérées, aux échéances fixées par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, la société adresse à l'actionnaire ainsi défaillant une mise en demeure par lettre au

---

lorsque l'émission n'est pas réalisée à la date de l'assemblée générale annuelle suivant l'assemblée générale extraordinaire ayant autorisé cette émission, une nouvelle assemblée générale extraordinaire doit se prononcer sur rapport du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, sur le maintien ou l'ajustement du prix d'émission ou des conditions de sa détermination ; en défaut, la décision de la première assemblée devient caduque.

[550] Lorsque le droit préférentiel de souscription est supprimé en faveur d'un ou de plusieurs bénéficiaires dénommés, l'émission doit être réalisée dans un délai de deux ans à compter de la date de l'assemblée générale extraordinaire qui l'a autorisée. Ce délai est un délai maximum ; un délai plus court peut être fixé par l'assemblée. Ce n'est pas l'augmentation du capital qui doit être réalisée dans le délai de deux ans, mais seulement « l'émission » des actions nouvelles. Par émission, il faut entendre ici l'offre de souscription aux actions nouvelles. Il ya émission dès que l'organe compétent à savoir l'assemblée générale extraordinaire ou sur délégation, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, a fixé le nombre des actions nouvelles à souscrire et les conditions de la souscription. MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 1632.

[551] Il s'agit notamment du montant maximal et les motifs de l'augmentation de capital proposée, des de la proposition de suppression du droit préférentiel de souscription et des noms des attributaires des actions nouvelles, du nombre de titres attribués à chacun d'eux et, avec sa justification, le prix d'émission.

[552]Article 774 de l'AUSCGIE.

porteur contre récépissé, ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception [553]. Un mois après cette mise en demeure infructueuse, le droit préférentiel de souscription aux augmentations de capital attaché à ces actions est suspendu[554].

289. La défaillance des actionnaires est donc strictement sanctionnée. C'est ainsi qu'en plus de la suspension du droit préférentiel de souscription, l'actionnaire défaillant ne pourra pas mettre en exergue ses droits politiques (droit aux dividendes, droit aux réserves, droit du bon de liquidation) et financiers. Il ne pourra non plus vendre les actions non libérées.

Cette sanction n'a en réalité aucune portée dans la mesure où l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique exige la libération intégrale du capital avant son augmentation par émission d'actions nouvelles à souscrire en numéraire[555]. La suspension s'impose donc à l'actionnaire défaillant qui ne saurait également renoncer au droit préférentiel de souscription.

d. La renonciation individuelle au droit préférentiel de souscription

290. Les actionnaires peuvent renoncer à titre individuel à leur droit préférentiel de souscription au profit des personnes dénommées ou sans indication de bénéficiaires[556]. Cette mesure a été sans doute prise pour faciliter ou mieux, accélérer la réalisation de l'augmentation de capital. En effet, le délai de souscription accordé aux actionnaires pour l'exercice du droit préférentiel de souscription se trouve clos par anticipation lorsque ces derniers n'ayant pas souscrit ont pris la peine de notifier à la société leur renonciation à ce droit.

Seul l'actionnaire titulaire du droit préférentiel de souscription peut personnellement renoncer à son droit. La renonciation du droit préférentiel de souscription peut aussi émaner de toute personne justifiant d'un mandat spécial à cet

[553]Article 775, alinéa 1 de l'AUSCGIE.
[554]Article 775, alinéa 3 de l'AUSCGIE. La société émettrice peut dans ce cas, procéder à la vente des actions correspondantes aux sommes non versées (article 775, alinéa 2 de l'AUSCGIE). La vente des actions cotées s'effectue en bourse ; celle des actions non cotées est effectuée aux enchères publiques par un agent de change ou un notaire (article 776, alinéa 1 de l'AUSCGIE).
[555] Article 572 de l'AUSCGIE.
[556] Article 593 de l'AUSCGIE.

effet. Quoiqu'il en soit, la société doit être avisée par lettre au porteur ou recommandée avant l'expiration du délai d'ouverture de la souscription[557].

291. La renonciation individuelle ne peut être générale ; elle ne peut être faite pour toute augmentation de capital à venir. Cela n'interdit pas aux actionnaires qui le souhaitent de faire connaître, avant l'assemblée appelée à se prononcer sur l'augmentation du capital ou avant la décision d'émission, leur intention de renoncer à leur droit[558].

La renonciation au droit préférentiel de souscription peut être faite au profit de bénéficiaires dénommées[559] ou sans indication de bénéficiaires. Dans ce dernier cas, elle doit être accompagnée, pour les actions au porteur, des coupons correspondants ou de l'attestation du dépositaire des titres constatant la renonciation de l'actionnaire[560].

Les actions nouvelles auxquelles l'actionnaire a renoncé sans indication de bénéficiaires peuvent être attribuées à titre réductible aux actionnaires qui ont souscrit un nombre d'actions supérieur à celui qu'ils pouvaient souscrire à titre irréductible ou, le cas échéant, réparties entre les actionnaires ou offertes au public dans les conditions fixées à l'article 579 AUSC-GIE[561].

292. Toutefois, lorsque cette renonciation a été notifiée à la société au plus tard à la date de décision de la réalisation de l'opération d'augmentation du capital, les actions correspondantes sont mises à la disposition des autres actionnaires pour l'exercice de leur droit préférentiel de souscription à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible[562].

Dans les sociétés dont les actions sont inscrites à la bourse de valeurs, la seule forme possible de renonciation individuelle au droit préférentiel de souscription est la renonciation sans indication de bénéficiaires. Les actionnaires renonçant doivent opter ici

---

[557] Article 594 de l'AUSCGIE. Le délai d'ouverture de la souscription est de vingt (20) jours minimum.

[558] MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 1637.

[559] Lorsque la renonciation est faite au profit de bénéficiaires dénommés, elle doit être accompagnée de l'acceptation de ces derniers (article 595, alinéa 2 de l'AUSCGIE). La renonciation au profit de personnes dénommées n'est pas possible pour toute souscription d'actions de numéraire. Elle n'est possible que dans les sociétés dont les actions ne sont pas inscrites à la bourse des valeurs. Lorsque l'actionnaire renonce à souscrire à l'augmentation de capital au profit de personnes dénommées, ses droits sont transmis à ceux-ci, à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible (article 597 de l'AUSCGIE).

[560] Article 595, alinéa 1de l'AUSCGIE.

[561] Aux termes de cet article, si les souscriptions à titre irréductible et le cas échéant, à titre réductible n'ont pas absorbé la totalité de l'augmentation de capital ; les actions non souscrites peuvent être librement réparties. Elles peuvent également être offertes au public lorsque l'assemblée l'a expressément admis.

[562] Article 596, alinéa 2 de l'AUSCGIE.

pour la renonciation sans indication de bénéficiaire afin de permettre à la mesure d'accélérer la réalisation de l'augmentation du capital.

3. La réalisation de l'augmentation du capital par souscription numéraire

293. L'augmentation de capital doit être réalisée dans le délai de trois ans à compter de l'assemblée générale qui l'a décidée ou autorisée[563]. L'augmentation du capital par émission d'actions à libérer en numéraire est réputée réalisée à compter du jour de la déclaration notariée de souscription et de versement[564]. Cependant, l'augmentation du capital par appel public à l'épargne est réputée réalisée lorsqu'un ou plusieurs établissements de crédit au sens de la loi règlementant les activités bancaires ont garanti de manière irrévocable sa bonne fin[565]. L'établissement qui délivre la garantie de bonne fin s'oblige à souscrire et à libérer la totalité des actions qui n'auraient pas été souscrites par d'autres au terme de la période de souscription. La réalisation de l'augmentation se traduit dans ce cas par la signature d'un contrat entre la société émettrice des actions à souscrire et le ou les établissement(s) de crédit agrée(s). Ce contrat est irrévocable et sa signature vaut juridiquement réalisation de l'augmentation du capital.

Que l'augmentation du capital se fasse par appel public à l'épargne ou non, l'opération suppose pour sa réalisation une publicité préalable à la souscription (a) suivie de la souscription proprement dite et la libération des actions nouvelles (b).

a. La publicité préalable à l'ouverture de la souscription

294. La décision d'augmentation du capital ainsi que les modalités de souscription des actions nouvelles doivent être portées à la connaissance des actionnaires avant l'ouverture des souscriptions[566]. La société doit donc accomplir un certain nombre de

[563] Article 571 de l'AUSCGIE.
[564] Articles 571, alinéa 2 et 616 de l'AUSCGIE.
[565] La garantie de bonne fin ne doit pas porter atteinte à la procédure normale de souscription. Celle-ci doit être suivie et une déclaration notariée de souscription et de versement reste obligatoire. Lorsque cette garantie est mise en œuvre, le versement de la fraction libérée de la valeur nominale et de la totalité de la prime d'émission doit intervenir au plus tard le trente cinquième (35ème) jour qui suit la clôture du délai de souscription (article 840 de l'AUSCGIE).
[566] Article 598 de l'AUSCGIE. Le dépôt au greffe de la décision d'augmentation du capital prise par l'assemblée n'est pas un dépôt préalable à la souscription. Il s'agit simplement d'une publicité destinée à porter à la connaissance des tiers l'augmentation du capital. Ce dépôt n'est donc pas nécessairement préalable à l'ouverture de

formalités de publicité. Ces formalités ci-après énoncées ont pour but d'avertir les actionnaires et les tiers, de la décision et des modalités de l'augmentation de capital[567].

Les actionnaires sont informés de l'émission d'actions nouvelles et de ses modalités par un avis contenant les indications[568] prévues à l'article 598 de l'AUSCGIE. Cet avis[569] est porté à la connaissance des actionnaires par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, six (06) jours au moins avant la date d'ouverture de la souscription, à la diligence, selon le cas, des mandataires du conseil d'administration, de l'administrateur général ou de toute autre personne mandatée à cet effet[570].

295. L'émission d'actions nouvelles sans que les formalités préalables à l'augmentation de capital aient été accomplies expose les membres du directoire à des sanctions. Quoiqu'il en soit, l'étendue des formalités de publicité varie selon que la société fait ou non appel public à l'épargne.

Lorsque la société fait publiquement appel à l'épargne, les actionnaires et les investisseurs sont informés de l'émission d'actions nouvelles et de ses modalités soit par un avis inséré dans une notice publiée dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales de l'État partie du siège social, de la société et, le cas échéant, des autres États parties dont le public est sollicité, soit, par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception si les titres de la société sont nominatifs[571].

---

la souscription. Lire à cet effet MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 1638.

[567] Ces formalités n'ont toutefois pas à être respectées lorsque l'assemblée générale a décidé de supprimer le droit préférentiel de souscription des actionnaires au profit des personnes déterminées (article 600 de l'AUSCGIE).

[568] Il s'agit notamment de la dénomination sociale suivie le cas échéant, de son sigle, la forme de la société, le montant du capital social, l'adresse du siège social, le numéro d'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier, le nombre et la valeur nominale des actions et le montant de l'augmentation de capital, le prix d'émission des actions à souscrire et le montant global de la prime d'émission, le cas échéant, les lieux et date d'ouverture et de clôture de la souscription, l'existence au profit des actionnaires d'un droit préférentiel de souscription, la somme immédiatement exigible par action souscrite, l'indication de la banque ou du notaire chargé de recevoir les fonds, le cas échéant, la description sommaire, l'évaluation et le mode de rémunération des apports en nature compris dans l'augmentation de capital, avec indication du caractère provisoire de cette évaluation et de ce mode de rémunération.

[569] Cet avis assure l'égalité entre les actionnaires en les avertissant avant toute souscription sur toutes les modalités de la souscription.

[570] Article 599 de l'AUSCGIE.

[571] Article 832 de l'AUSCGIE.

La notice[572], revêtue de la signature sociale, la lettre au porteur contre récépissé et la lettre recommandée avec demande d'avis de réception doivent contenir les indications énumérées à l'article 833 de l'AUSCGIE[573].

296. Afin de bénéficier dune bonne information, le public est informé de l'émission d'actions nouvelles par des circulaires. Celles-ci reproduisent toutes les mentions contenues dans la notice d'information telles qu'il ressort de l'article 833 de l'AUSCGIE. Elles contiennent en outre la mention de l'insertion de ladite notice dans les journaux habiletés à recevoir les annonces légales avec référence au numéro dans lequel elle a été publiée[574]. Le public est par ailleurs informé par « *les annonces et affiches dans les journaux qui reproduisent les mêmes mentions ou au moins un extrait de ces mentions avec référence à la notice et indication des journaux habilités à recevoir les annonces légales dans lesquels elle a été publiée* »[575].

Lorsque la société ne fait pas publiquement appel à l'épargne, l'avis ci-dessus est porté à la connaissance des actionnaires par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par lettre au porteur contre récépissé six (06) jours au moins avant la date d'ouverture de la souscription.

b. La souscription et la libération des actions nouvelles

297. L'augmentation de capital est une opération qui ressemble beaucoup à la constitution de la société[576]. En effet, le souscripteur d'actions doit remplir et signer un « *bulletin de souscription* »[577] différent assez peu du bulletin rempli lors de la

[572] La notice comporte en annexe, une copie du dernier bilan, certifiée conforme par le représentant légal de la société. Si le dernier bilan a déjà été publié dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales, la copie de ce bilan peut être remplacée par l'indication de la référence de la publication antérieure. Si par contre, aucun bilan n'a encore été établi, la notice en fait mention (article 834 de l'AUSCGIE).

[573] Outre les mentions énumérées ci-dessus, la notice, la lettre au porteur et la lettre recommandée contiennent les indications telles que l'objet social indiqué sommairement, la date d'expiration normale de la société, les catégories d'actions émises et leurs caractéristiques, les avantages particuliers stipulés par les statuts au profit de toute personne, le cas échéant, les clauses statutaires restreignant la libre cession des actions, les dispositions relatives à la distribution des bénéfices, à la constitution des réserves et à la répartition du boni de liquidation, le montant non assorti des autres obligations antérieurement émises et les garanties dont elles sont assorties, le montant, lors de l'émission, des emprunts obligataires garantis par la société, ainsi que le cas échéant, la fraction garantie de ces emprunts, le cas échéant, la description sommaire, l'évaluation et le mode de rémunération des apports en nature compris dans l'augmentation de capital avec l'indication du caractère provisoire de cette évaluation et de ce mode de rémunération.

[574] Article 835, alinéa 1 de l'AUSCGIE.

[575] Article 835, alinéa é de l'AUSCGIE.

[576] MERLE (P.), *Droit commercial Sociétés commerciales*, *op.cit.*, p. 661.

[577] Aux termes de l'article 603 de l'AUSCGIE, le bulletin de souscription énonce :

constitution. Ce bulletin de souscription daté et signé par le souscripteur ou son mandataire qui écrit en toutes lettres le nombre de titres souscrits[578] est ce qui matérialise le contrat de souscription[579].

L'établissement du bulletin de souscription[580] est obligatoire que la société émettrice des actions nouvelles à souscrire fasse ou non appel public à l'épargne. En principe, la souscription doit être intégrale[581]. Elle est d'abord faite à titre irréductible[582]. Si toutes les actions nouvelles se trouvent ainsi souscrites, la souscription peut être close par anticipation. En revanche, si le montant total des souscriptions à titre irréductible n'a pas suffi à réaliser la souscription intégrale de l'augmentation du capital décidée et si l'assemblée générale extraordinaire l'autorise[583], il est donné suite aux souscriptions effectuées à titre réductible. Dans ce cas, les actions non souscrites sont attribuées aux actionnaires qui auront souscrit à titre réductible un nombre d'actions supérieur à celui qu'ils pouvaient souscrire à titre préférentiel. Cette attribution se fait proportionnellement aux droits de souscription dont ils disposent et en tout état de cause dans la limite de leurs demandes.

298. Les articles 579 et 580 de l'AUSCGIE offrent au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, plusieurs possibilités lorsque les souscriptions à

- La dénomination sociale suivie, le cas échéant de son sigle ;
- La forme de la société ;
- Le montant du capital social ;
- L'adresse du siège social ;
- Le numéro d'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- Le montant et les modalités de l'augmentation de capital : nominal des actions, prix d'émission ;
- Le cas échéant, le montant à souscrire en actions de numéraire et le montant libéré par les apports en nature ;
- Le nom ou la dénonciation sociale et l'adresse de la personne qui reçoit les fonds ;
- Les nom, prénoms et domicile du souscripteur et le nombre de titres qu'il souscrit ;
- L'indication de la banque ou du notaire chargé de recevoir les fonds ;
- L'indication du notaire chargé de dresser la déclaration de souscription et de versement ;
- La mention de la remise au souscripteur de la copie du bulletin de souscription.

[578] Article 602 de l'AUSCGIE.

[579] Article 601 de l'AUSCGIE.

[580] Le bulletin de souscription est établi en deux exemplaires, l'un pour la société et l'autre pour le notaire chargé de dresser la déclaration notariée de souscription et de versement. Quant au souscripteur, il lui est délivré une copie du bulletin sur papier libre.

[581] C'est-à-dire que les souscripteurs se sont engagés à verser l'intégralité du montant de l'augmentation du capital, selon les modalités qui lui sont propres

[582] C'est-à-dire que chaque actionnaire ou, s'il a cédé ses droits, le cessionnaire de ses droits préférentiels peut exercer ses droits préférentiels de souscription. Les souscriptions à titre irréductible sont celles effectuées par application du droit préférentiel dont jouissent les actionnaires au profit des bénéficiaires dénommés.

[583] L'assemblée générale extraordinaire qui décide ou qui autorise une augmentation de capital est seule compétente pour instituer le droit préférentiel de souscription à titre réductible. Lorsque le conseil d'administration ou l'administrateur générale, selon le cas, décide une augmentation de capital sur délégation de l'assemblée, il ne peut instituer un droit de souscription à titre réductible que si l'assemblée en a expressément autorisé la création

titre irréductible et, le cas échéant à titre réductible n'ont pas absorbé la totalité de l'augmentation de capital. Il s'agit notamment de la limitation du montant de l'augmentation à celui des souscriptions reçues lorsque celles-ci représentent 97% de l'augmentation décidée et que cette faculté a été expressément prévue, de la répartition des actions non souscrites, sauf décision contraire de l'assemblée et de l'offre au public des titres non souscrits si l'assemblée l'a prévu.

Les dirigeants sociaux peuvent donc librement répartir les actions non souscrites. Cette répartition peut être totale ou partielle. Ils peuvent également offrir au public, totalement ou partiellement les actions non souscrites. Cette ouverture de la souscription au public suppose toutefois une décision expresse de l'assemblée. Elle n'implique pas que la société doive faire ou soit considérée comme faisant publiquement appel à l'épargne[584]. Il convient dès lors de déplorer le fait qu'aucune disposition de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales ne précise les conditions dans lesquelles doit être effectuée l'offre au public. La société peut donc jouer un rôle passif et se borner à recevoir les souscriptions des actionnaires ou des tiers sans exclusivité à l'égard de qui que ce soit[585].

299. Lors de la souscription des actions de numéraire[586], il doit être versé un quart au moins de la valeur nominale et, le cas échéant, la totalité de la prime d'émission[587]. La libération du surplus doit intervenir, en une ou plusieurs fois, sur appel du conseil d'administration ou de l'administrateur général, selon le cas, dans le délai de trois (03) ans à compter du jour où l'augmentation de capital est réalisée[588]. Les actions souscrites en numéraire résultant pour partie de versement d'espèces et pour partie d'une incorporation de réserves, de bénéfices ou de primes d'émission doivent être

[584] Sont seules réputées faire publiquement appel à l'épargne, outre les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, celles qui pour le placement de leurs titres, ont recours à des établissements de crédits, à des maisons de titres.

[585] MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 1642.

[586] Sur la souscription des actions en numéraire, voir Cour d'appel de Dakar, Chambre Civile et Commerciale 1, arrêt du 09 février 2001, Abdoulaye Dramé es qualité de la Nationalité d'Assurances c/ Bassirou Diop. Ohadata J-06-122 ; Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), 1er chambre, arrêt n°12 du 29 juin 2006, affaire : Compagnie Bancaire de l'Atlantique Côte d'Ivoire dite COBACI c/ 1) Sté SHAFTESBURY OVERSEAS L TD ; 2) Sté BENATH COMPANY LTD, Le Juris-Ohada, n° 4/2006, p. 11, Ohadata J-07-26.

[587] Article 604 de l'AUSCGIE.

[588] Article 605 de l'AUSCGIE.

intégralement libérés lors de la souscription[589]. Quant aux parts sociales, elles sont obligatoirement libérées de la moitié au moins de leur valeur nominale, la libération du surplus devant intervenir en une ou plusieurs fois, dans le délai de deux ans à compter du jour où l'augmentation de capital est devenue définitive[590].

300. Lorsque l'augmentation de capital est réalisée par appel public à l'épargne, le versement de la fraction libérée de la valeur nominale et de la totalité de la prime doit intervenir au plus tard le trente cinquième (35ème) jour qui suit la clôture du délai de souscription[591].

La libération des actions souscrites en numéraire dans le cadre d'une augmentation de capital suppose un versement effectif des fonds dans les conditions prévues par l'Acte uniforme[592]. Le versement doit donc être réel, peu importe qu'il soit effectué grâce à des fonds empruntés.

301. Les fonds provenant des souscriptions en numéraire sont déposés par les dirigeants sociaux, pour le compte de la société soit, dans un établissement de crédit ou de microfinance dûment agrée domicilié dans l'État partie du siège, soit en l'étude d'un notaire[593]. Le dépôt est valable même si le dépositaire est actionnaire ou souscripteur des actions de la société émettrice. Ce dépôt est fait dans le délai de huit (08) jours à compter de la réception des fonds[594]. Le respect de ce délai doit être considéré comme impératif, dans la mesure où il faut empêcher celui qui reçoit les fonds de spéculer sur l'argent des associés. Quelle serait alors la sanction du non respect de ce délai ? L'Acte uniforme n'en dit mot. On pourrait toutefois qualifier le comportement du contrevenant de tentative d'escroquerie ; infraction sanctionnée sur le plan pénal.

---

[589] Article 606 de l'AUSCGIE.
[590] Article 361-1 de l'AUSCGIE.
[591] Article 840 de l'AUSCGIE.
[592] Les actions souscrites en numéraire lors de l'augmentation du capital peuvent également être libérées par compensation avec les créances certaines, liquides et exigibles (La créance est certaine lorsqu'elle est déterminée et ne donne lieu à aucune contestation. Elle est liquide lorsqu'elle est fixée à une somme d'argent et exigible lorsque son paiement peut être demandé. Cette dernière situation se présente à l'arrivée du terme ou à la réalisation de la condition, ou à tout moment si un terme ou une condition n'ont pas été stipulés) que le souscripteur détient sur la société (article 562 de l'AUSCGIE). La libération des actions nouvelles par compensation est une application particulière du principe de la compensation. L'assemblée générale statuant sur l'augmentation du capital peut, toutefois faire obstacle à cette forme de libération des actions nouvelles qui ne saurait d'ailleurs être permettre à l'entreprise de renflouer ses caisses. Les actions nouvelles libérées par compensation font l'objet d'un arrêté des comptes établi, selon le cas, par le conseil d'administration ou l'administrateur général et certifié par le commissaire aux comptes (article 611 de l'AUSCGIE).
[593] Articles 361 et 607 de l'AUSCGIE. Ce dépôt des fonds provenant des souscriptions en numéraire dans un établissement de crédit ou de microfinance ou en l'étude d'un notaire est obligatoire.
[594] Article 607 de l'AUSCGIE.

Les fonds déposés ne sauraient être utilisés avant la réalisation définitive de l'augmentation de capital. Ainsi, la banque ou le notaire dépositaire ne peut, sans engager sa responsabilité, virer les sommes correspondantes au compte courant de la société émettrice des actions souscrites avant la réalisation de l'augmentation de capital. En outre, les dirigeants sociaux, ne peuvent disposer des fonds déposés avant cette réalisation. À défaut, ils sont responsables individuellement ou solidairement envers la société ou envers les tiers[595].

302. Les souscriptions et les versements sont constatés par un certificat du dépositaire établi au moment du dépôt des fonds sur présentation des bulletins de souscription. Ce certificat atteste du dépôt des fonds[596] et sert de preuve du versement.

L'augmentation du capital par émission d'actions à libérer en numéraire est, en principe réalisée à la date de l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement[597]; ce qui permet de modifier les statuts et d'accomplir les formalités de publicité.

4. La modification des statuts et la publicité consécutive à l'augmentation du capital

303. L'assemblée générale extraordinaire[598] qui a décidé de l'augmentation du capital, modifie en conséquence les statuts de la société. Cette modification n'est définitive qu'au moment de la réalisation de l'augmentation du capital. Dans les sociétés par actions simplifiées, cette modification est faite à l'unanimité des associés[599].

Si le capital est augmenté en une seule fois, la modification peut avoir lieu avant l'augmentation proprement dite, sous la condition suspensive de sa réalisation définitive. Si par contre il est augmenté par tranches successives, les modifications successives interviennent après la réalisation de chaque tranche.

---

[595] Article 740 de l'AUSCGIE.
[596] Article 610 de l'AUSCGIE.
[597] Article 617 de l'AUSCGIE.
[598] L'assemblée générale extraordinaire qui décide de l'augmentation de capital peut conférer au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, les pouvoirs nécessaires pour procéder à la modification corrélative des statuts.
[599] Article 853-22 de l'AUSCGIE.

304. L'augmentation du capital modifiant obligatoirement la mention du capital social faite sur tous les papiers de la société, ceux-ci doivent en conséquence être modifiés. De plus, sa réalisation donne lieu à l'insertion dans un journal d'annonces légales d'un avis[600] portant à la connaissance des tiers l'opération ainsi effectuée et la modification corrélative des articles des statuts[601]. Lorsque l'augmentation de capital est réalisée par appel public à l'épargne, elle est publiée dans tous les États parties donc le public est sollicité.

Outre, l'insertion de l'avis signé par le notaire ou les représentants légaux de la société dans un journal habilité à recevoir les annonces légales, l'augmentation du capital doit faire l'objet des formalités supplémentaires énumérées à l'article 264 de l'AUSCGIE[602]. Toutes ces formalités exigées concourent à coup sûr non seulement à la protection de la société mais aussi et surtout à la protection de l'apporteur en numéraire. En effet, l'apporteur en numéraire doit bénéficier d'une protection afin de rendre effective l'opération d'augmentation du capital. Toutefois, ne sont pas assujetties aux formalités de publication des actes constatant les augmentations du capital social opérées dans les sociétés à capital variable[603].

B. La protection de l'associé apporteur en numéraire

305. Conscient de l'importance de l'opération d'augmentation du capital dans la restructuration financière de l'entreprise en difficultés d'une part, et de la place qu'occupent les associés dans la réalisation d'une telle opération d'autre part, le législateur OHADA n'a pas manqué d'assurer une meilleure protection[604] de ces derniers

[600] Cet avis doit être signé par le notaire ayant dressé la déclaration notariée de souscription et de versement. Il doit en outre contenir les indications prévues à l'article 263 de l'AUSCGIE. Il s'agit notamment de la raison ou la dénonciation sociale de la société suivie, le cas échéant, de son sigle, la forme de la société, le montant du capital social, l'adresse du siège social, le numéro d'immatriculation au registre de commerce et du crédit mobilier, le titre, la date, le numéro de parution, l'indication des modifications intervenues.
[601] Articles 263 et 618 de l'AUSCGIE.
[602] Il s'agit notamment du dépôt, au greffe du tribunal chargé des affaires commerciales du lieu du siège social, de la copie certifiée conforme de la délibération de l'assemblée qui a décidé ou autorisé l'augmentation ou la réduction du capital, dans le délai d'un mois à compter de la tenue de cette assemblée ; du dépôt, le cas échéant, de la décision du conseil d'administration, de l'administrateur général ou du gérant, selon le cas, qui a réalisé l'augmentation de capital ; du dépôt au greffe d'une copie certifiée conforme de la déclaration notariée de souscription et de versement en annexe au registre du commerce et du crédit mobilier.
[603] Article 269-3 de l'AUSCGIE.
[604] Sur la protection civile des associés, lire EKWELLE EKANE (N.), *La protection civile des actionnaires dans l'espace OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2006-2007.

afin de les inciter à s'investir toutes les fois que l'entreprise connaîtra des difficultés surmontables.

Cette protection s'observe aussi bien pendant la réalisation de l'augmentation de capital (1) qu'après la réalisation de l'opération (2). Le législateur africain entend par là faciliter les augmentations de capital qui constituent à n'en point douter une technique de financement des entreprises en difficultés.

1. La protection de l'associé éventuellement apporteur pendant l'augmentation de capital

306. L'augmentation de capital implique une émission d'actions nouvelles qui risque de nuire aux anciens actionnaires souscripteurs d'actions nouvelles ou non. Tous devant être protégés, l'émission d'action suppose une prime d'émission exigée des nouveaux associés (a). Une augmentation de capital se traduit par l'entrée de nouveaux associés dans la société, où ils viendraient concurrencer les anciens associés. C'est donc pour protéger leurs droits acquis sur les réserves et les bénéfices que la loi exige cette prime d'émission tout en accordant un droit préférentiel de souscription aux anciens associés (b).

a. L'exigence de la prime d'émission

307. Afin de sauvegarder les droits des anciens associés, le législateur impose aux nouveaux une prime d'émission[605]. Rappelons que cette prime s'entend d'un droit d'entrée à payer par les nouveaux associés[606]. Si de nouveaux associés sont appelés à participer à l'augmentation du capital, ils doivent payer, le cas échéant, en plus de la valeur nominale de l'action, une prime d'émission. Celle-ci est destinée à compenser la différence entre la valeur nominale et la valeur vénale des anciennes actions. En effet, c'est en fonction de cette valeur que doit être fixé le montant de nouvelles actions afin

[605] Elle s'analyse juridiquement, comme un supplément d'apport laissé à la libre disposition de la société. Généralement, elle est inscrite à un compte de réserve et la société pourra décider de la repartir entre les actionnaires. MERLE (P.), Droit commercial, sociétés commerciales, op. cit., p. 655. Elle s'emploie pour les apports en numéraire ; en cas d'apports en nature on retient la terminologie de « *prime d'apport* » ou de « *prime de fusion* » si l'augmentation de capital est consécutive à une fusion. MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales, op.cit.*, p. 1624.

[606] ANOUKAHA (F.) CISSE (A.) DIOUF (N.) NGUEBOU TOUKAM (J.) POUGOUE (P.-G) et SAMB (M.), *OHADA sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique, op. cit.*, p. 487.

que les nouveaux ne profitent des réserves et autres bénéfices qui auraient été accumulés entre-temps par la société[607].

La prime d'émission est la contrepartie des avantages que les nouveaux associés recueillent dans l'actif social sous forme de réserves et de plus-values de divers éléments, non incluses, dans le capital social et par conséquent, non comptées dans la valeur nominale de l'action. Elle est ainsi destinée à rétablir l'égalité entre les nouveaux et les anciens associés[608]. Comme le droit préférentiel de souscription, l'existence de la prime est liée au droit à une part théorique d'actif net à laquelle donne droit l'action. Elle poursuit ainsi un but analogue à celui du droit préférentiel de souscription : rétablir l'égalité entre les associés.

La prime d'émission doit être obligatoirement versée en totalité au moment de la souscription. Elle a pour contrepartie des éléments d'actif net dont la valeur excède le capital social.

308. L'émission d'actions nouvelles sans que l'intégralité de la prime d'émission ait été libérée au moment de la souscription expose tout contrevenant à des sanctions pénales[609].

Comme pour toute infraction, ce délit suppose l'existence d'un élément matériel et d'un élément moral. L'élément matériel est l'émission d'actions ou des coupures d'actions ; l'élément moral quant à lui est une simple faute d'imprudence. L'Acte uniforme requiert en sus de ces éléments constitutifs l'existence d'irrégularités que l'on peut présenter comme étant des conditions préalables de l'infraction[610].

L'associé demandeur devra donc apporter la preuve aussi bien de l'imprudence que de l'émission d'actions ou de coupures d'action sans libération intégrale de la prime d'émission au moment de la souscription. En effet, en vertu de la règle *Actor incombit probatio*, la preuve incombe au demandeur étant donné qu'il pèse sur le défendeur une

[607] ANOUKAHA (F.) CISSE (A.) DIOUF (N.) NGUEBOU TOUKAM (J.) POUGOUE (P.-G) et SAMB (M.), *OHADA sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op. cit*., p. 487.
[608] MERLE (P.), Droit commercial, sociétés commerciales, *op. cit*., p. 655 ; MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), Lamy sociétés commerciales, *op.cit*., p. 1624.
[609] Article 893 de l'AUSCGIE.
[610] YAMAGA (S.), « Infractions relatives à la modification du capital des sociétés anonymes », in POUGOUE (P.-G.) (dir.), Encyclopédie du droit OHADA, *op.cit*., p. 988.

présomption d'innocence. Une telle preuve sera également exigée de l'associé qui cherchera à établir la faute pénale des membres du directoire qui n'auraient pas respecté son droit préférentiel de souscription dont le législateur a largement entendu protéger.

b. La protection des bénéficiaires du droit préférentiel de souscription

309. Les articles 894 et 895 de l'AUSCGIE organisent la protection du droit préférentiel de souscription qui est reconnu soit aux actionnaires, soit aux obligataires[611].

Les actionnaires ont proportionnellement, au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions en numéraire émises pour réaliser une augmentation de capital. Toute clause contraire est réputée non écrite[612]. L'assemblée générale extraordinaire dispose toutefois la possibilité de supprimer le droit préférentiel de souscription. Pour la suppression du droit de préférentiel de souscription des actionnaires, l'AUSCGIE exige en son article 588 un rapport et en fixe le contenu en son article 589, dans le but de mieux protéger les bénéficiaires de ce droit[613]. Ces deux aspects du droit préférentiel de souscription des actionnaires à savoir sa reconnaissance et sa suppression sont largement contrôlés, aussi bien sur le plan civil que pénal.

310. Sur le plan civil, outre la nullité de l'augmentation du capital, la responsabilité civile des membres du directoire peut être recherchée.

Il ressort en effet des articles 573 et s. de l'AUSCGIE que l'augmentation de capital est nulle lorsque le droit préférentiel de souscription des actionnaires n'est pas respecté[614]. Etant donné que la nullité de l'augmentation de capital met en cause la responsabilité des administrateurs, des membres du directoire etc. la responsabilité civile de ces derniers sera retenue si les conditions de mise en œuvre d'une telle responsabilité sont établies. Il s'agit notamment de la faute, du préjudice et du lien de causalité.

S'il est vrai que la nullité met en cause la responsabilité civile, il reste tout aussi vrai qu'une telle responsabilité peut exister en l'absence de nullité. C'est notamment le cas lorsqu'elle nait de l'infraction commise par les dirigeants sociaux telle qu'il ressort de

[611] *Idem*.
[612] Article 573 de l'AUSCGIE.
[613] ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA Sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op.cit.*, p. 292.
[614] MBAYE NDIAYE (M.), « Capital social », préc., p. 483.

l'article 894 de l'AUSCGIE qui énumère les fautes susceptibles d'entraver l'exercice du droit préférentiel de souscription[615].

311. Sur le plan pénal, il convient de mentionner que le droit pénal ne fait pas partie des domaines uniformisés. En conséquence, l'Acte uniforme se limite à déterminer les infractions, les sanctions encourues-peines d'emprisonnement ou amendes- étant de la compétence des législations nationales des États parties.

Aux termes de l'article 894 de l'AUSCGIE, encourent des sanctions pénales, les dirigeants sociaux qui, lors d'une augmentation de capital, n'auront pas fait bénéficier les actionnaires proportionnellement au montant de leurs actions, d'un droit préférentiel de souscription des actions de numéraire lorsque ce droit n'a pas été supprimé par l'assemblée générale et que les actionnaires n'y ont pas renoncé ; n'auront pas fait réserver aux actionnaires un délai de vingt jours au moins, à dater de l'ouverture de la souscription, sauf lorsque ce délai a été clos par anticipation. De même, aux termes de l'article 895 de l'AUSCGIE, encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, sciemment auront donné ou confirmé les indications inexactes dans les rapports présentés à l'assemblée générale appelée à décider de la suppression du droit préférentiel de souscription. Seulement, l'article 895 de l'AUSCGIE ne vise pas les commissaires aux comptes[616] qui peuvent également être amenés à faire un rapport au même titre que le conseil d'administration ou l'administrateur général[617]. Le commissaire aux comptes devrait en réalité pouvoir être sous la menace de cette infraction comme c'est le cas en France[618].

La reconnaissance du droit préférentiel de souscription est donc expressément prévue par les articles 894 et 895 de l'AUSCGIE qui incriminent l'attitude de certains dirigeants sociaux lors d'une augmentation de capital.

---

[615] NGOUE (W.J.), « La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en doit OHADA », *in* GATSI (J.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, *op. cit.*, p. 187.

[616] Le commissaire aux comptes donne son avis sur la suppression du droit préférentiel de souscription, sur le choix des éléments de calcul du prix d'émission et sur son montant, ainsi que sur l'incidence de l'émission sur la situation des actionnaires appréciée par rapport aux capitaux. Il doit vérifier et certifier la sincérité des informations tirées des comptes de la société (article 591 de l'AUSCGIE).

[617] Article 588 AUSCGIE.

[618] ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA Sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op.cit.*, p. 292.

312. L'infraction consiste concrètement en une omission d'une part[619], et en une volonté consciente ou la mauvaise foi d'autre part[620]. L'omission consiste à ne pas réserver aux actionnaires un délai de vingt jours à compter de la date d'ouverture de la souscription, pour l'exercice de leur droit préférentiel de souscription, à ne pas faire bénéficier aux actionnaires proportionnellement à leurs actions un droit préférentiel de souscription des actions en numéraire, à ne pas attribuer les actions rendues disponibles, faute d'un nombre suffisant de souscription à titre irréductible, aux actionnaires qui ont souscrit à titre réductible un nombre d'actions supérieur à celui qu'ils pouvaient souscrire à titre irréductible. La volonté consciente consiste pour sa part au fait que les dirigeants sociaux auraient sciemment donné ou confirmé les indications inexactes.

313. Relativement aux obligataires, ils ne sont pas tous protégés par les textes. Seuls sont protégés ceux qui possèdent des obligations convertibles, qui sont pris en compte par le droit pénal OHADA à l'exclusion des obligations échangeables[621].

L'article 894 de l'AUSCGIE ne semble protéger que le droit préférentiel de souscription des actionnaires et non leurs droits dans le capital social. L'article 894-4º incrimine en effet le fait pour les dirigeants sociaux de ne pas réserver les droits des titulaires de bons de souscription.

La protection de l'actionnaire telle qu'énumérée ne s'observe pas seulement pendant l'augmentation de capital. Elle s'observe également après la réalisation de l'opération à travers les mécanismes sur lesquels il conviendrait de s'appesantir.

2. La protection de l'associé apporteur après l'augmentation de capital

314. Lorsqu'il a contribué à l'augmentation du capital, l'associé apporteur a droit à l'attribution d'actions nouvelles proportionnellement à son apport. Cette attribution d'actions nouvelles aura pour effet de faire accroître les droits anciens. Il serait donc judicieux d'envisager les droits de l'associé apporteur (a) ainsi que les sanctions à la violation de ces droits (b).

[619] Article 894 de l'AUSCGIE.
[620] Article 895 de l'AUSCGIE.
[621] YAMAGA (S.), « Infractions relatives à la modification du capital des sociétés anonymes », préc., p. 989.

a. Les droits de l'associé apporteur

315. Dans le cadre d'une augmentation de capital, l'associé a une obligation essentielle : effectuer l'apport qu'il s'est engagé à faire à cet effet. Une assemblée générale fût-elle extraordinaire ne saurait lui imposer d'augmenter ses engagements[622] et sa responsabilité ne peut être recherchée que dans la limite de son apport, sauf, si la société étant en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, il s'est comporté comme un dirigeant de fait[623].

Les droits de l'associé sont en revanche multiples et majorés étant d'une part liés à sa qualité d'associé et à sa contribution à l'augmentation du capital d'autre part[624]. L'Acte uniforme, par certaines dispositions a reconnu que l'associé est titulaire des droits extra-pécuniaires et pécuniaires.

316. En ce qui concerne les droits extra-pécuniaires, l'augmentation du capital aura pour effet de faire accroître le droit de vote de l'associé apporteur. Il ressort en effet de l'article 751 de l'AUSCGIE qu'à chaque action, est attaché un droit de vote proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente et chaque action donne droit à une voix au moins. Il va de soi que les actions nouvelles issues de l'augmentation du capital confèrent à l'associé apporteur des voix nouvelles qui viendront s'ajouter aux anciennes. Aussi nous pensons que le législateur OHADA gagnerait à prévoir dans ce cas qu'un droit de vote double puisse être conféré dès leur émission aux actions nouvelles attribuées à un actionnaire à raison des actions anciennes pour lesquelles il bénéficie déjà de ce droit comme c'est le cas lorsque l'augmentation de capital est réalisée par incorporation des réserves, bénéfices ou primes d'émission[625].

Quoiqu'il en soit, le droit de vote de l'associé apporteur subi une modification du fait de l'augmentation de capital. Mais ce qui ne change pas c'est le droit à l'information qui ne subi aucune modification que l'associé ait ou non contribué à l'augmentation de capital.

---

[622] MERLE (P.), *Droit commercial, Sociétés commerciales, op.cit.*, p. 342 ; PETIT (B.), « Augmentation des engagements des associés : clause statutaire adoptée à l'unanimité (limites) », *préc*., p. 1148.
[623] *Idem*.
[624] VALUET (J.-P.), « Augmentation de capital et droit aux dividendes des actions nouvelles », *Bulletin Joly Sociétés*, n° 3, 01 mars 1997, p. 207.
[625] Article 752, alinéa 2 de l'AUSCGIE.

317. Pour ce qui est des droits pécuniaires, seuls retiendront notre attention ici le droit aux dividendes des actions nouvelles et droit sur les bénéfices mis en réserve et le droit au boni de liquidation. Les autres droits pécuniaires de l'associé à savoir le droit de reprise de son apport initial en cas de liquidation de la société et le droit préférentiel de souscription ne subissant aucune modification majeure.

Le dividende est la part de bénéfices que la société distribue à chacun de ses associés en contrepartie de leurs apports. Ordinairement, le dividende suggère l'idée de contrepartie[626]. Il apparait comme la rétribution d'un effort, d'un sacrifice[627]. L'associé ayant effectué un apport, entend donc participer aux bénéfices de la société. Il espère recevoir, si possible chaque année, un dividende. Ce droit est d'ailleurs consacré et protégé par l'Acte uniforme[628]. Aux termes de l'article 754 de l'AUSCGIE, à chaque action, est attaché un droit au dividende proportionnel à la quotité du capital qu'elle représente. Il en découle que le dividende est en principe proportionnel à la valeur nominale de l'action ou part. En cas de distribution de bénéfices, l'associé apporteur recevra des dividendes accrus du fait de l'augmentation de ses actions.

318. L'augmentation de capital par souscription d'actions en numéraire entraînant comme effet l'attribution d'actions nouvelles, l'associé apporteur verra ses actions augmentées. Le droit au dividende étant proportionnel à la valeur nominale de l'action, il va de soi que le droit au dividende soit majoré à concurrence des nouvelles actions acquises.

Le droit de l'associé apporteur sur les bénéfices mis en réserve se verra également augmenté. Ce droit se traduisant par exemple par l'attribution gratuite d'actions en cas d'augmentation de capital par incorporation des réserves, bénéfices ou prime d'émission, les actions nouvelles acquises à la suite d'une augmentation de capital par souscription en numéraire auront pour effet de faire accroître le montant nominal des actions de l'apporteur. En conséquence, son droit sur les bénéfices mis en réserve se verra augmenté au prorata des nouvelles actions acquises. L'acquisition gratuite d'actions en cas

[626] KANA KENGNI (M.R.), *La distribution des dividendes en droit des sociétés commerciales OHADA*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2013, p. 5.
[627] AMER YAHIA (A.), *Le régime juridique des dividendes*, Harmattan, 2010, p. 14.
[628] Articles 142-146 et 754 de l'AUSCGIE.

d'augmentation de capital ultérieure se fera proportionnellement aux anciennes et nouvelles actions.

319. En ce qui concerne les droits de l'associé apporteur au moment de la dissolution de la société, ils sont relatifs au partage du boni de liquidation. Les associés doivent se partager ce qui reste de l'actif social après désintéressement des créanciers. Dès lors, comment s'opère le partage ?

Sauf clause contraire des statuts, le partage des capitaux propres subsistant après remboursement du nominal des actions ou des parts sociales est effectué entre les associés dans les mêmes proportions que leur participation au capital social[629]. De la sorte, l'associé apporteur verra son droit au boni de liquidation augmenté du fait de sa contribution à l'augmentation du capital.

L'effectivité de ces droits suppose toutefois qu'ils soient assortis des sanctions. C'est sans doute compte tenu de cette réalité que le législateur n'a pas manqué de prévoir les sanctions à la violation de ces droits.

b. Les sanctions à la violation des droits de l'associé apporteur.

320. Le législateur OHADA dans l'optique d'assurer une meilleure protection de l'associé apporteur a mis sur pied les sanctions civiles et pénales. Il convient toutefois de mentionner que ces sanctions ne sont pas propres à l'associé ayant participé à l'augmentation de capital car de telles sanctions sont également prévues à l'égard de l'associé non souscripteur.

Les droits de l'associé apporteur sont protégés en amont et en aval.

321. Relativement à la protection en amont, il ressort de l'article 54 de l'AUSCGIE que les droits et obligations de chaque associé sont proportionnels au montant de ses apports qu'ils soient faits lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale. L'alinéa 2 du même texte mentionne pour sa part que sont réputées non écrites les stipulations attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, ainsi que celles excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes. Il s'agit là d'une sanction civile.

[629] ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (M.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA Sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op.cit.*, p.222.

L'article 54, alinéa 2 de l'AUSCGIE sanctionne toute clause léonine, qu'elle soit contenue dans les statuts ou dans un acte séparé, qu'elle soit temporaire ou sans durée définie. Ces clauses sont réputées non écrites, c'est-à-dire qu'elles sont nulles et ne produisent aucun effet.

322. Pour ce qui est de la protection en aval, elle s'observe sur un double plan : civil et pénal.

Sur le plan civil, outre la nullité, la responsabilité civile des dirigeants sociaux peut être recherchée. Cette responsabilité peut être individuelle ou solidaire. Lorsque les dirigeants sociaux ont violé d'un commun accord les dispositions statutaires, législatives ou règlementaires, leur responsabilité solidaire est retenue[630].

Les articles 740 et s. de l'AUSCGIE précisent le régime de responsabilité civile des administrateurs. Parmi les faits générateurs d'une telle responsabilité figurent les violations des dispositions législatives, réglementaires et statutaires. Cette violation pouvant revêtir plusieurs formes, il peut notamment s'agir d'un obstacle au droit de vote de l'associé[631], au droit au dividende, au droit aux bénéfices mis en réserve et au droit au boni de liquidation.

Quoiqu'il en soit, l'action en responsabilité individuelle se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé de sa révélation. Mais lorsqu'elle est fondée sur un fait qualifié de crime, elle se prescrit par dix ans. De plus, une telle responsabilité ne sera mise en œuvre que si les conditions de la responsabilité civile telles que mentionnées ci-dessus sont réunies.

---

[630] NGOUE (W.J.), « La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en doit OHADA », *préc*., p. 184.

[631] L'abus du droit de vote est sanctionné afin de protéger l'associé contre les décisions collectives. L'Acte uniforme vise expressément l'abus de majorité et de l'abus de minorité tout en donnant aux notions un contenu. Ainsi, l'article 130 de l'AUSCGIE pose d'abord le principe que les décisions collectives peuvent être annulées pour abus de majorité et engager la responsabilité des associés ayant participé au vote ; puis, expliquant l'abus de majorité, il dispose que celui-ci est constitué lorsque les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts de la minorité, et que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt social. L'abus de majorité suppose que soient réunis deux éléments à savoir la violation de l'intérêt social et la rupture d'égalité entre les associés. Dans le même ordre d'idées, l'article 131 de l'AUSCGIE prévoit que les associés peuvent aussi engager la responsabilité des associés votant en cas d'abus de minorité. L'abus du droit de vote intervient toutes les fois que les associés minoritaires, en exerçant leur vote, s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt social et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime. Pour qu'il y ait abus de minorité, il faut que soient réunies deux conditions : une opération envisagée et jugée essentielle pour la société et l'opposition des minoritaires contraire à l'intérêt social. Est considéré comme contraire à l'intérêt social, une opposition fondée sur les propres intérêts des minoritaires, au détriment de l'ensemble des autres associés ; leur attitude est jugée égoïste et non légitime.

323. Sur le plan pénal, plusieurs sanctions protectrices des droits de l'associé apporteur sont envisageables. C'est ainsi que le législateur incrimine les comportements anti-statutaires et législatives tout en laissant à la discrétion des États membres le choix des peines.

324. Le droit au dividende distribuable ou non distribuable est pénalement protégé. Aux termes de l'article 889 de l'AUSCGIE, encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront, sciemment opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition de dividendes fictifs. Une telle distribution serait préjudiciable aux associés et même à la société. L'infraction ne sera toutefois consommée que lorsque les éléments matériel et moral seront réunis. En effet, il faut un inventaire fictif ou frauduleux, une répartition de dividendes fictifs et une mauvaise foi[632]. Mais en réalité, l'inventaire ne constitue qu'une condition préalable de l'infraction.

Le droit au boni de liquidation est également protégé sur le plan pénal. La liquidation consiste en un ensemble d'opérations visant, après règlement du passif sur les éléments de l'actif, à convertir ces éléments en argent, en vue de les partager éventuellement entre les associés.

325. Le rôle du liquidateur dans la réalisation de ces opérations est indéniable. C'est ainsi qu'en vue de protéger les intérêts des associés et même des tiers, le législateur a minutieusement réglementé ses actes, tant en ce qui concerne sa nomination que l'exercice de sa mission.

Le législateur OHADA a organisé la mission du liquidateur tout en interdisant la soustraction de l'actif de la société. Cette intervention du législateur s'observe à travers l'exigence et la prohibition de certains actes ; la violation de tels actes donnant lieu à des infractions d'omission ou de commission. Dès lors, encourt une sanction, le liquidateur qui ne convoque pas les associés, en fin de liquidation, pour statuer sur le compte

[632] Cette mauvaise consiste dans la connaissance par l'auteur, tant du caractère fictif des dividendes que de l'inexactitude de l'inventaire ou du bilan ou des conditions dans lesquelles la distribution des dividendes a été décidée. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence (Cass.crim., 25 juin 1927, Gaz. Pal., 1927, 2, 726) a décidé que la mauvaise foi de l'administrateur doit se situer à la date de la confection du bilan et que l'irrégularité de celui-ci n'apparaît que plus tard. Il ne saurait se prévaloir de sa bonne foi au moment de la confection si, sachant par la suite le caractère fictif des dividendes, il met effectivement en distribution les dividendes votés. Lire dans ce sens ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op.cit.*, p. 286.

définitif, sur le quitus de sa gestion et la décharge de son mandat et pour constater la clôture de la liquidation[633]. Il en est de même du liquidateur qui, en cas de liquidation intervenue sur décision judiciaire, n'aura pas respecté les exigences de l'article 903 de l'AUSCGIE[634].

326. Au regard de ce qui précède, il convient de dire que le procédé d'augmentation de capital par souscription en numéraire est important lorsque l'entreprise a des difficultés de trésorerie et davantage lorsqu'elle a « *mangé son capital* ». C'est assurément la raison pour laquelle le législateur OHADA l'a minutieusement organisé. Toutefois, force est de reconnaître également à l'augmentation du capital par souscription en nature une valeur dans la restructuration financière de l'entreprise en difficultés. Cette valeur s'observe davantage lorsque les fonds provenant de la souscription en numéraire n'ont pas suffit à reconstituer les fonds propres de l'entreprise ; c'est la raison pour laquelle, il conviendrait de l'envisager comme autre technique d'augmentation de capital subsidiairement adaptée à l'entreprise en difficultés.

§2. L'augmentation de capital par voie d'apports en nature, moyen de financement complémentaire

327. L'augmentation du capital peut aussi se faire par voie d'apports en nature[635] ou stipulations d'avantages particuliers. Certes les avantages particuliers peuvent permettre à l'entreprise en difficultés d'obtenir des financements, mais seule retiendra notre attention ici l'augmentation de capital par souscription en nature. Plusieurs raisons sous-tendent cette option.

---

[633] Article 902 de l'AUSCGIE.

[634] Il s'agit de liquidateur qui, sciemment n'aura pas, dans les six mois de sa nomination, présenté un rapport sur la situation active et passive de la société en liquidation et sur la poursuite des opérations de liquidation, ni sollicité les autorisations nécessaires pour les terminer ; n'aura pas, dans les trois mois de la clôture de chaque exercice, établi les états financiers de synthèse au vu de l'inventaire et un rapport écrit dans lequel il rend compte des opérations de la liquidation au cours de l'exercice écoulé ; n'aura pas permis aux associés d'exercer leur droit de communication, ni convoqué ces derniers pour leur rendre compte des états financiers de synthèse en cas de continuation de l'exploitation sociale ; n'aura pas déposé à un compte ouvert dans une banque au nom de la société en liquidation, les sommes affectées aux répartitions entre les associés et les créanciers ; n'aura pas déposé, sur un compte de consignation les sommes attribuées à des créanciers ou à des associés et non réclamées par eux.

[635] Tous les biens susceptibles d'être apportés en nature lors de la constitution de la société peuvent également être apportés en nature à l'occasion d'une augmentation de capital. Il peut s'agir des biens corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers pour autant que ces biens présentent une valeur pécuniaire et qu'ils soient cessibles.

L'entreprise en difficultés a en effet besoin d'argent frais pour surmonter ses difficultés. Il lui sera peut être difficile de s'en procurer dans l'hypothèse de souscription en nature, mais une telle possibilité pourra lui être offerte si l'apporteur en nature le fait en pleine propriété. Dans ce cas, l'entreprise pourra disposer de ce bien afin de renflouer ses caisses. Une telle possibilité ne pourra lui être offerte à travers la stipulation d'avantages particuliers. Aussi, l'entreprise en difficultés étant aux abois, il faut envisager les techniques pouvant lui permettre d'obtenir assez rapidement les financements. C'est cette ultime raison qui justifie les développements consacrés à ce paragraphe qui ne traite que de l'augmentation de capital par voie d'apports en nature.

Avec cette modalité d'augmentation de capital, la société ne cherche pas en principe à augmenter ses capacités de financement. Elle veut surtout faire entrer dans le patrimoine social tel immeuble, tel brevet ou fonds de commerce. Elle peut toutefois se servir de l'opération pour accroître ses fonds propres dans les conditions qui feront l'objet de développements subséquents.

328. L'opération d'augmentation de capital par apport en nature présente quelques spécificités. Les souscripteurs de l'augmentation de capital étant en général déjà connus, il n'existe pas au profit d'anciens actionnaires de droit préférentiel de souscription[636]. Aussi, l'opération peut être réalisée même si le capital ancien n'a pas été entièrement libéré[637]. Il en découle également que les actions attribuées en contrepartie des apports effectués à la société sont intégralement libérées dès leur émission[638]. En revanche, le droit d'entrée de nouveaux actionnaires dans la société sera représenté par une prime d'apport qui viendra s'ajouter à la valeur nominale des anciennes actions, lorsque la société aura constitué des réserves.

Pour son adéquation au financement des entreprises en difficultés, l'opération suppose un apport en pleine propriété (A), une procédure régulière (B) et une meilleure protection des actionnaires ou associés qui seront de la sorte motivés à s'y investir (C).

[636] Article 573, alinéa 2 de l'AUSCGIE.
[637] Article 389, alinéa 4 de l'AUSCGIE.
[638] Article 626 de l'AUSCGIE.

A. La pertinence de l'apport en pleine propriété

329. L'apport en nature peut se faire en pleine propriété ou en jouissance. Lorsque l'entreprise connaît des difficultés, l'augmentation de capital par voie d'apports en nature ne pourra utilement contribuer au renflouement financier de cette dernière que si l'apport est fait en pleine propriété. En quoi consiste dès lors l'apport en pleine propriété ? Pour mieux appréhender le contenu de la notion, il conviendrait de l'opposer à l'apport en jouissance (1) afin de montrer son importance dans le financement des entreprises en difficultés (2).

1. L'apport en pleine propriété et l'apport en jouissance

330. L'apport en pleine propriété se réalise par le transfert de la propriété du bien apporté à la société et par sa mise à la disposition effective de la société. Il y a donc transfert de la propriété de la chose, de l'apporteur à la société.

L'apport en pleine propriété produit les mêmes effets que la vente. C'est l'esprit de l'article 46 de l'AUSCGIE qui prévoit que lorsque l'apport est en propriété, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers son acheteur. Dès la conclusion de la convention d'apport, les risques de la chose sont transférés à la société qu'il s'agisse de la garantie d'éviction ou de la garantie des vices cachés. Mais l'apporteur n'étant à proprement parler pas un vendeur, il ne bénéficie pas du privilège du vendeur et ne peut invoquer une rescision pour cause de lésion. En outre, alors que le vendeur, en contrepartie de la propriété qu'il cède, reçoit une somme d'argent, l'apporteur reçoit des actions ou parts sociales dont la valeur nominale varie en fonction du résultat de l'exploitation sociale[639].

331. Par cette opération, l'apporteur peut léser ses créanciers en diminuant ou en faisant disparaître leur gage. Fort heureusement ces derniers sont protégés par l'action paulienne qu'ils pourront exercer s'il s'avère que l'apport a été fait en propriété afin de soustraire le bien à leurs poursuites[640]. Cependant, ils doivent prouver la fraude non seulement de l'apporteur mais aussi de ses coassociés qui doivent avoir eu connaissance

[639] MERLE (P.), Droit commercial, sociétés commerciales, *op.cit.*, p. 50.
[640] Article 1167 du C.civ.

de son insolvabilité. En cas de succès, le bien est réintégré dans le patrimoine de leur débiteur. Une telle décision pourra même entraîner la nullité de la société.

332. La réintégration de l'apport dans le patrimoine du débiteur pourra également se faire par la voie de l'action oblique[641]. C'est le cas lorsque l'apporteur s'abstient d'agir alors qu'il pourrait demander la nullité de la société ou de son apport. Enfin, si l'apporteur était en cessation des paiements au moment où il a réalisé son apport, son inopposabilité[642] pourrait être obtenue dès lors qu'il serait prouvé que l'apport a été effectué pendant la période suspecte ou dans les six mois ayant précédé celle-ci[643].

Lorsque le transfert de propriété du bien[644] est soumis à publicité il n'est opposable aux tiers qu'après l'accomplissement des formalités. S'agissant particulièrement de l'apport du fonds de commerce en propriété, il donne lieu aux mêmes formalités de publicité que la vente du fonds de commerce[645], ce qui est une garantie importante pour les créanciers de l'apporteur.

333. Contrairement à l'apport en propriété, l'apport en jouissance n'opère pas transfert de propriété. L'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur. Toutefois, lorsque l'apport porte sur des choses de genre ou sur tous autres biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société, le contrat transfère à celle-ci la propriété des biens apportés, à charge d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur. Dans ce cas, l'apporteur est garant envers la société comme un vendeur envers l'acheteur.

Par apport en jouissance, il faut comprendre aussi bien l'apport en usufruit que l'apport en jouissance. Avec l'apport en usufruit, l'apporteur transfère à la société l'usufruit d'un bien dont il conserve la nue-propriété ; dans ce cas, l'usufruit ne saurait excéder 30 ans en vertu de l'article 619 du C. civ. qui dispose que : « *L'usufruit qui n'est*

[641]Article 1166 du C.civ.
[642] L'inopposabilité se dit d'un acte juridique dont la validité en tant que telle n'est pas contestée mais dont les tiers peuvent écarter les effets. Appliquée aux procédures collectives, l'inopposabilité permet aux créanciers dans la masse d'ignorer certains droits faits par le débiteur.
[643] Articles 67 et 68 de l'AUPCAP.
[644] Marque de fabrique, brevet d'invention, immeuble, fonds de commerce, etc.
[645] Aux termes de l'article 152, alinéa 1 de l'AUDCG, « *tout acte constatant une cession de fonds de commerce doit être déposé en une copie certifiée conforme par le vendeur ou l'acquéreur au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier* ». Il ressort également de l'article 153 de l'AUDCG que dans un délai de quinze jours à compter de sa date, l'acte constatant la cession du fonds de commerce doit être publié à la diligence de l'acquéreur, sous forme d'avis, dans un journal habilité à publier des annonces légales et paraissant dans le lieu où le vendeur est inscrit au RCCM.

pas accordé à des particuliers ne dure que 30 ans ». La société acquiert avec l'apport en usufruit un droit réel, mais elle n'acquiert pas le droit de disposer (abusus). Elle a à cet effet le droit d'user de la chose (usus) et le droit de s'approprier les fruits (fructus). L'apporteur en usufruit est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur. Il doit maintenir la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été apportée. Il a également le devoir d'en faire jouir paisiblement la société.

Toutefois, lorsque la chose apportée est fongible, consomptible ou interchangeable, la société acquiert la propriété du bien et est seulement tenue de restituer à l'apporteur, lors de la dissolution, des choses de même quantité et qualité[646]. Dans ce cas, l'apport en usufruit est soumis aux mêmes règles que l'apport en propriété, en ce qui concerne la transmission du droit, la garantie et les risques[647]. C'est l'application des règles du quasi-usufruit telles qu'il ressort de l'article 487 du C. civ.

334. L'apport en jouissance consiste en une obligation de faire, c'est-à-dire fournir l'usage du bien apporté. Avec cette forme d'apport, l'apporteur met un bien à la disposition de la société qui en a le libre usage. Mais l'apporteur en reste propriétaire. Il est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur[648]. Le bien promis doit être mis à la disposition de la société pour un temps déterminé convenu par les parties. La société ne peut disposer du bien apporté : il peut user librement de ce bien pendant le délai prévu, mais l'apporteur demeure seul propriétaire. Il récupérera donc son bien à la dissolution de la société.

Alors que l'apporteur ne peut réclamer le bien apporté en pleine propriété, il reprend, en cas d'apport en usufruit ou en jouissance, le plein usage de son bien au terme convenu. C'est fort de cela que nous arguons de l'importance de l'apport en propriété dans le financement de l'entreprise en difficultés par rapport à l'apport en jouissance[649].

---

[646] ANOUKAHA (F.) CISSE (A.) DIOUF (N.) NGUEBOU TOUKAM (J.) POUGOUE (P.-G) et SAMB (M.), *OHADA sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op.cit.*, p. 56.
[647] Article 47 *in fine* de l'AUSCGIE.
[648] Article 47 de l'AUSCGIE.
[649] Toutefois, l'apport en jouissance peut dans une certaine mesure contribuer au financement des entreprises en difficultés. Les licences d'exploitation apportées en jouissance peuvent permettre à l'entreprise de retrouver son équilibre financier.

2. Les apports en pleine propriété dans le financement des entreprises en difficultés

335. Lorsqu'une entreprise connaît des difficultés financières, seules les techniques pouvant lui permettre d'obtenir de l'argent frais sont adaptées à sa situation.

L'apport en pleine propriété constitue une aliénation[650] à titre onéreux rémunérée par l'attribution des droits sociaux soumis aux aléas de l'entreprise. La société devient là le nouveau propriétaire et bénéficie par voie de conséquence de tous les attributs du droit de propriété à savoir l'usus, l'abusus et le fructus. C'est ainsi qu'elle pourra elle-même utiliser le bien, le donner en bail ou le vendre.

S'il est vrai que cette aliénation ne présente pas systématiquement un caractère définitif à partir du moment où l'apporteur en propriété a le droit de reprendre son apport lors de la liquidation de la société, après désintéressement des créanciers sociaux, il reste tout aussi vrai qu'un tel droit ne pourra être exercé que si le bien donné en propriété se retrouve en nature dans le patrimoine de la société. Si le bien a disparu, l'apporteur n'en recevra que la valeur.

L'entreprise en difficultés peut louer ou vendre le bien apporté en propriété afin de surmonter ses difficultés. C'est dire l'importance de l'apport en pleine propriété dans le financement des entreprises en difficultés. Toutefois, une telle opération suppose pour sa validité une procédure régulière.

B. La régularité de la procédure

336. Comme en matière de constitution de la société, lorsqu'il y a apports en nature, l'augmentation de capital passe par trois étapes qui doivent être respectées par la société bénéficiaire. Il s'agit notamment de la conclusion du contrat d'apport (1), de l'intervention du commissaire aux apports (2) et de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire (3).

[650] Cette aliénation ne présente pas systématiquement un caractère définitif, puisque l'apporteur en nature à le droit de reprendre son apport lors de la liquidation de la société, après désintéressement des créanciers sociaux.

1. La conclusion du contrat d'apport

337. L'augmentation de capital par apports en nature a pour préalable la conclusion d'un contrat d'apport entre l'apporteur et la société.

Le contrat d'apport comprend essentiellement la désignation, la description et l'évaluation des biens dont l'apport est envisagé. Il comprend également le nombre d'actions nouvelles qui seront émises en contrepartie de l'apport, ainsi que les modalités de l'émission[651]

Le contrat d'apport doit contenir l'identité de l'apporteur. Il est signé par l'apporteur et le représentant légal de la société dûment autorisé par le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas. Ce contrat est signé sous la condition suspensive[652] de son approbation par l'assemblée générale extraordinaire. La société n'est donc engagée que sous réserve de cette approbation. Il demeure un projet tant qu'il n'a pas été approuvé par l'assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire de l'apport. Toutefois, si l'apporteur est un administrateur de cette dernière ou d'une société ayant des dirigeants commun avec elle ou toute autre personne assimilée, la procédure d'approbation des conventions réglementées n'a pas lieu de s'appliquer. Il convient seulement que l'assemblée ou les associés soient informés de l'identité de l'apporteur.

Lorsque l'augmentation de capital est effectuée par voie d'apports en nature, ceux-ci doivent être évalués par un commissaire aux apports.

2. L'intervention du commissaire aux apports

338. L'augmentation du capital social par voie d'apports en nature commande que les associés[653] et les actionnaires[654], ou à défaut, le conseil d'administration ou l'administrateur général, selon le cas, provoquent la désignation judiciaire d'un ou de

[651] Prime d'apport, avantages particuliers, etc. La prime d'apport correspond à l'excédent de la valeur intrinsèque de l'action par rapport à sa valeur nominale. La justification de son existence est identique à celle de la prime d'émission.
[652] La condition suspensive est la modalité de l'obligation qui fait dépendre la naissance de celle-ci à la réalisation d'un évènement futur et incertain.
[653] Dans les SARL. Cependant, la désignation d'un commissaire aux apports n'est exigée que si la valeur de chaque apport considéré ou la valeur de l'ensemble des apports considérés est supérieure à cinq millions (5.000.000) de francs CFA (article 363, alinéa 1 de l'AUSCGIE).
[654] Dans les SA. Article 619 de l'AUSCGIE.

plusieurs commissaires aux apports[655]. Ceux-ci sont désignés à la suite d'une requête par le président de la juridiction compétente du lieu du siège social. La juridiction compétente est la juridiction chargée des affaires commerciales dans le ressort de laquelle se situe le siège social de la société bénéficiaire des apports.

Le commissaire aux apports est soumis aux mêmes incompatibilités[656] que les commissaires aux comptes. Il peut même être le commissaire aux comptes de la société dont les apports sont à évaluer[657].

339. Il apprécie sous sa responsabilité la valeur des apports en nature. Dans l'accomplissement de sa mission, il peut se faire assister par un ou plusieurs experts de son choix dont les honoraires sont à la charge de la société[658]. Il doit établir un rapport sur l'évaluation des apports en nature. Il doit également se prononcer sur la rémunération faite aux apports, ce qui implique une estimation comparative de la valeur des titres de la société qui reçoit les apports avec la valeur de ces derniers. Ce rapport qui décrit chacun des apports, indique quel mode d'évaluation a été adopté et pourquoi il a été retenu, atteste que la valeur des apports correspond au moins à la valeur du nominal des actions ou parts sociales à émettre[659]. Il doit être tenu à la disposition des actionnaires au siège social, huit jours au moins avant la tenue de l'assemblée générale extraordinaire qui a été convoquée pour décider de cette augmentation de capital. Les actionnaires peuvent de la sorte en prendre connaissance et en obtenir, à leur frais, copie intégrale ou partielle[660].

Ce rapport doit également être déposé dans les mêmes délais au greffe de la juridiction chargée des affaires commerciales du lieu du siège social. Ces formalités de

---

[655] Le commissaire aux apports doit être choisi sur la limite des commissaires aux comptes selon les modalités prévues aux articles 694 et suivants de l'Acte uniforme. Article 400, alinéa 3 de l'AUSCGIE.

[656] Aux termes de l'article 697, les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance, avec tout emploi salarié. Toutefois, un commissaire aux comptes peut dispenser un enseignement se rattachant à l'exercice de sa profession ou occuper un emploi rémunéré chez un commissaire aux comptes ou chez un expert-comptable, avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée. L'article 698 prévoit quant à lui que ne peuvent être commissaire aux comptes les fondateurs, apporteurs, bénéficiaires d'avantages particuliers, dirigeants sociaux de la société ou de ses filiales ainsi que leur conjoint, leurs parents et alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, les dirigeants sociaux de sociétés possédant le dixième du capital de la société ainsi que leur conjoint, les personnes qui reçoivent un salaire ou une rémunération quelconque en raison d'une activité permanente autre que celle de commissaire aux comptes ainsi que leur conjoint, les sociétés de commissaires dont l'un des associés se trouve dans l'une des situations ci-dessus énumérées ou leur conjoint.

[657] Article 620 de l'AUSCGIE.

[658] Article 621, alinéa 2de l'AUSCGIE.

[659] Articles 363, alinéa 4 et 621, alinéa 1 de l'AUSCGIE.

[660] Article 622 alinéa 1 de l'AUSCGIE.

dépôt qui ne sont pas requises dans les sociétés à capital variable[661] sont importantes dans la mesure où elles concourent aux différentes délibérations susceptibles d'être prises dans le cadre d'une augmentation de capital.

3. La délibération de l'organe compétent

340. L'augmentation de capital par voie d'apports en nature implique une modification des statuts. Elle relève de la seule compétence de l'assemblée générale extraordinaire qui ne peut déléguer son pouvoir à un autre organe de la société[662], de la collectivité des associés[663] et par les associés représentant au moins les trois quarts du capital social[664].

Dans les SA, l'assemblée générale extraordinaire décidant de l'augmentation de capital doit également se prononcer sur l'évaluation de l'apport en nature[665]. En outre, l'auteur de l'apport en nature ne peut participer au vote sur l'approbation de son propre apport ni pour lui-même, ni comme mandataire[666]. Corrélativement, ses actions ne sont prises en compte ni pour le calcul du quorum, ni pour le calcul de la majorité[667].

Si plusieurs apporteurs en nature font approuver leurs apports par une même assemblée, l'approbation de chaque apport fera l'objet d'une résolution distincte de telle sorte que chaque apporteur puisse participer au vote, sur l'évaluation des apports effectués par les autres. C'est dire que l'exclusion de l'apporteur au vote ne joue que pour son propre apport ; il peut voter sur l'évaluation des apports effectués par d'autres personnes.

341. En cas d'apport d'un bien indivis, tous les indivisaires sont privés du droit de vote. Bien qu'effectué par plusieurs personnes, un tel apport est unique et indivisible et son approbation ne donne lieu qu'à une seule résolution[668].

---

[661] Article 263-3 de l'AUSCGIE.

[662] Dans les SA. Article 564 de l'AUSC-GIE.

[663] Dans les sociétés par actions simplifiées. Article 853-11, alinéa 2 de l'AUSCGIE. Dans ces sociétés, les attributions dévolues aux assemblées générales extraordinaires et même ordinaires sont dans les conditions prévues par les statuts, exercées collectivement par les associés. Les causes statutaires ne peuvent donc être modifiées qu'à l'unanimité des associés (article 853-22 de l'AUSCGIE).

[664] Dans les SARL. Article 358 de l'AUSCGIE.

[665] Article 624 de l'AUSCGIE.

[666] Article 623, alinéa 2 de l'AUSCGIE.

[667] Article 623, alinéa 1 de l'AUSCGIE

[668] MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 1650.

L'assemblée est souveraine pour approuver ou désapprouver l'évaluation des apports. Elle n'est pas liée par les conclusions du commissaire aux apports. Si contre l'avis de celui-ci, elle retient l'évaluation formulée par le contrat d'apport, il est souhaitable que les dirigeants disposent d'une argumentation solide pour défendre cette évaluation et qu'ils puissent démontrer qu'une information complète a été donnée aux actionnaires. À défaut, ils seraient passibles des peines applicables à ceux qui, frauduleusement, auront fait attribuer à un apport en nature, une évaluation supérieure à sa valeur réelle[669].

342. Si les apports en nature sont surévalués et approuvés par l'assemblée générale, la délibération approuvant l'évaluation ne peut être annulée qu'en vertu d'une disposition relative à la nullité des contrats ou délibérations sociales. Seule sera engagée la responsabilité des dirigeants sociaux et du commissaire aux apports sur la base de la publication d'informations mensongères[670]. Si l'assemblée réduit l'évaluation des apports, l'approbation expresse des modifications par les apporteurs, les bénéficiaires ou leurs mandataires dûment autorisés à cet effet, est requise[671].

Quoiqu'il en soit, l'assemblée générale qui approuve l'évaluation des apports constate corrélativement la réalisation de l'augmentation du capital[672]. Il convient toutefois de mentionner que ces deux opérations sont distinctes. L'approbation de la valeur des apports et la constatation de la réalisation de l'augmentation de capital sont respectivement soumises à un régime propre. L'approbation est décidée par l'assemblée qui doit à cet effet observer les dispositions de l'Acte uniforme[673]. La constatation de la réalisation définitive de l'augmentation de capital intervient après l'approbation de la valeur des apports. Toutefois, la tenue de deux assemblées distinctes n'est pas nécessaire. Il convient, au cours de la même assemblée, qu'une résolution séparée comporte l'approbation de l'évaluation de l'apport en nature, son acceptation et sa rémunération. En outre, la distinction des votes est nécessaire[674].

---

669 Article 887-4° de l'AUSCGIE.
670 Article 899 de l'AUSCGIE.
671 Article 625 de l'AUSCGIE.
672 Article 624 de l'AUSCGIE.
673 Article 623 de l'AUSCGIE.
674 MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), Lamy sociétés commerciales, *op.cit*., p. 1650.

343. Les actions d'apports sont intégralement libérées dès leur émission[675]. Elles sont négociables dès la réalisation définitive de l'augmentation de capital. Toutefois, la négociabilité desdites actions n'est effective qu'après l'inscription de la mention modificative à la suite de l'augmentation de capital[676]. Etant donné que l'augmentation de capital par apports en nature implique une modification des statuts, elle doit être publiée[677] dans les mêmes conditions que l'augmentation du capital par souscription en numéraire.

L'augmentation du capital par apports en nature peut dans certaines hypothèses contribuer au financement des entreprises en difficultés. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles le législateur OHADA a entendu protéger les apporteurs en nature.

C. La protection de l'apporteur en nature

344. L'apporteur en nature bénéficie d'une protection quasi-identique à celle prévue pour l'apporteur en numéraire si l'on excepte le droit préférentiel de souscription qui n'existe pas au profit des anciens actionnaires lorsque l'augmentation est effectuée par voie d'actions en nature. Cette protection passe par les différents droits accordés à l'apporteur (1) et par les sanctions à la violation de ces droits (2).

1. Les droits de l'apporteur en nature

345. En contrepartie des apports, l'apporteur reçoit des titres sociaux[678], selon la forme de la société, pour une valeur égale à celle des apports[679]. Ces titres sociaux confèrent à leur titulaire un droit sur les bénéfices réalisés par la société lorsque leur distribution a été décidée ; un droit sur les actifs nets de la société lors de leur répartition, à sa dissolution ou à l'occasion d'une réduction de son capital ; le cas échéant, l'obligation de contribuer aux pertes sociales dans les conditions prévues pour chaque forme de société ; le droit de participer et de voter aux décisions collectives des associés,

[675] Article 629 de l'AUSCGIE.
[676] Article 759 *in fine* de l'AUSCGIE.
[677] Cette publicité n'est pas requise dans les sociétés à capital variable (article 269-3 AUSC-GIE).
[678] Ces titres sociaux émis sont des actions pour la SA et les parts sociales pour les autres formes de société.
[679] Article 51 de l'AUSCGIE.

à moins que l'Acte uniforme en dispose autrement pour certaines catégories de titres sociaux [680].

Sauf clause contraire des statuts, les droits de chaque apporteur sont proportionnels au montant de ses apports qu'ils soient faits lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale[681].

346. Après évaluation de ses apports par le commissaire aux apports et approbation de cette évaluation par l'assemblée générale extraordinaire, l'associé apporteur verra ses droits majorés. En effet, aux anciens titres antérieurement détenus, viendront se greffer les nouveaux titres issus de la valeur du bien apporté.

Les droits de vote, au dividende et sur les actifs nets de la société, étant proportionnels à la quotité du capital que représente le titre social, l'associé apporteur verra tous ces droits augmentés au prorata de la valeur attribuée au bien apporté.

Le législateur OHADA soucieux de la protection des apporteurs en nature n'a pas manqué de prévoir les sanctions à la violation de leurs droits.

2. Les sanctions à la violation des droits de l'apporteur en nature

347. Plusieurs sanctions sont prévues en vue de protéger les droits de l'apporteur en nature. Certaines sont civiles et d'autres pénales.

Relativement aux sanctions civiles, outre la nullité qui sanctionne les actes passés en violation de la loi, la responsabilité civile des dirigeants peut être recherchée lorsque ceux-ci n'ont pas respecté les droits conférés à l'associé apporteur. Cependant, les conditions de mise en œuvre d'une telle responsabilité doivent être réunies à savoir la faute du dirigeant, le préjudice subi par l'associé apporteur et le lien de causalité entre la faute et le préjudice. L'associé devra donc établir la faute, le préjudice et le lien de causalité afin d'aboutir dans ses prétentions.

348. En ce qui concerne les sanctions pénales, les articles 889, 902 et 903 de l'AUSCGIE pour ne citer que ceux-là incriminent les comportements fautifs des dirigeants sociaux et même des autres associés. L'article 889 de l'AUSCGIE interdit la répartition des dividendes fictifs. Encourent en effet une sanction pénale les dirigeants

[680] Article 53 de l'AUSCGIE.
[681] Article 54, alinéa 1 de l'AUSCGIE.

sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront, sciemment, opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition de dividendes fictifs.

Les articles 902 et 903 quant à eux protègent le droit de l'associé sur l'actif net de la société à sa dissolution. Aux termes de l'article 902 -2° de l'AUSCGIE, encourt une sanction pénale, Le liquidateur d'une société qui, sciemment n'aura pas convoqué les associés, en fin de la liquidation, pour statuer sur le compte définitif de la liquidation, sur le quitus de sa gestion et la décharge de son mandat et pour constater la clôture de la liquidation. L'article 903 de l'AUSCGIE qui traite de la liquidation intervenue sur décision judiciaire prévoit qu'encourt une sanction pénale, le liquidateur qui, sciemment, n'aura pas dans les six mois de sa nomination, présenté un rapport sur la situation active et passive de la société en liquidation ; n'aura pas dans les trois mois de la clôture de chaque exercice, établi les états de synthèse ; n'aura pas permis aux associés d'exercer en période de liquidation, leur droit de communication des documents sociaux dans les mêmes conditions qu'antérieurement.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

349. Les comptes courants d'associés ainsi que l'augmentation du capital par ces derniers constituent les deux sources de financement interne de pratique fort répandue.

Les associés peuvent contribuer au financement de l'entreprise en difficultés soit en consentant à celle-ci des avances, en sus de leur part dans le capital, soit en fournissant à cette dernière des apports complémentaires.

L'importance économique et financière des comptes courants est indéniable. C'est ainsi qu'ils peuvent contribuer au financement direct et indirect de l'entreprise. Directement, les comptes courants constituent non seulement un instrument de prêt, mais peuvent également être capitalisés. De manière indirecte, cette source de financement extra-bancaire favorise le financement de l'entreprise en ce sens qu'elle est souvent exigée comme condition d'obtention et garantie des crédits bancaires. Seulement, cette importance contraste avec l'absence de tout statut juridique. Faudrait-il alors combler ce vide juridique en réglementant le mécanisme du compte courant d'associé ou bien, au contraire laisser la règle générale régir les relations s'établissant entre le titulaire du compte et la société ?

Nous pensons que l'éventuelle reconnaissance des comptes d'associés ne risquerait aucunement d'affecter leur importance économique et financière. Bien au contraire, elle contribuera à l'organisation d'un système de crédit non-bancaire offrant ainsi aux entreprises des instruments variés et adaptés de financement. Il est donc souhaitable que, tout comme l'augmentation du capital, le législateur OHADA enferme les comptes courants d'associés dans un statut juridique rigoureux.

350. Relativement à l'augmentation de capital, la technique peut efficacement contribuer au renflouement financier de l'entreprise en difficultés. Seulement, tous les procédés d'augmentation de capital ne peuvent être envisagés lorsque l'entreprise connaît des difficultés. Plusieurs de ces procédés ne sont que de « simples jeux d'écritures », or l'entreprise en difficultés a besoin « *d'argent frais* » pour surmonter ses difficultés. De la sorte, nous pensons que l'augmentation du capital par souscription en numéraire est le procédé le plus approprié même si l'augmentation de capital par apports en nature peut dans certains cas assurer le financement de l'entreprise en difficultés.

Toutefois, en vue de l'efficacité de cette forme de financement, le législateur gagnerait à renforcer la protection des apporteurs dans le cadre de l'augmentation du capital. À la lecture des dispositions relatives aux augmentations de capital, l'on serait tenté de dire que le législateur est obnubilé par le sort de l'entreprise que celui des associés. Une telle attitude s'explique à coup sûr par le fait que l'intérêt social s'apparente dans certains cas à l'intérêt des associés. Ne perdons toutefois pas de vue que l'augmentation de capital n'est possible que dans les sociétés de capitaux telles que la société anonyme et la société à responsabilité limitée. Or dans ces types de société, les associés ne sont pas solidairement tenus des dettes sociales. Ils ne pourront de la sorte se voir étendre une procédure collective ouverte contre leur société. Ils n'ont donc pas grand intérêt à contribuer au renflouement de l'entreprise en difficultés afin d'éviter une telle extension[682]. C'est fort de cela que nous pensons qu'une reforme ultérieure de l'AUSCGIE , dans le sens du renforcement des droits des apporteurs serait la bienvenue. Dans cette optique il gagnerait à faire explicitement jouir aux apporteurs en nature certains droits tels que le droit de double vote, les droits attachés aux actions de priorité, etc.

Toutes ces reformes et innovations restent nécessaires au regard des qualités de ces instruments financiers quasi irremplaçables d'une part, et des difficultés liées aux techniques de financement secondaires d'autre part.

[682] De plus, aucune disposition légale ne leur impose de sauver l'entreprise par le canal d'un échange de titres ou de toute opération de restructuration.

CHAPITRE 2

LES TECHNIQUES DE FINANCEMENT INTERNE SECONDAIRES

351. Les acteurs de la vie sociétaire ou mieux les membres de la société jouent un rôle très actif dans la tentative de redressement de l'entreprise en difficultés. En effet, ils peuvent parfaitement proposer un plan de redressement, mais aussi favoriser les conditions d'adoption d'un tel plan, par leur contribution à la reconstitution des capitaux propres ou par le vote d'une résolution visant à une telle reconstitution lorsque celle-ci est réservée à un investisseur tiers. Plusieurs procédés permettent de reconstituer les fonds propres d'une entreprise. C'est ainsi qu'outre les techniques de financement privilégiées évoquées ci-dessus, les membres de la société peuvent reconstituer les fonds propres de l'entreprise à travers la renonciation à l'exercice d'un droit (SECTION 1). Ils peuvent également participer au sauvetage de l'entreprise en difficultés de manière plus active en lui consentant une garantie ou un cautionnement afin de lui permettre d'obtenir des financements extérieurs (SECTION 2). Ces techniques quoique subsidiaires sont d'une importance indéniable[683]. C'est ainsi qu'elles peuvent à côté des techniques privilégiées, contribuer au renflouement financier de l'entreprise en difficultés. En effet, l'entreprise en difficultés qui n'obtient pas satisfaction à l'issu d'une augmentation de capital ou de l'utilisation du compte courant d'associés pourra y recouvrir afin de surmonter ses difficultés.

SECTION 1. LA RENONCIATION À L'EXERCICE D'UN DROIT

352. Le sauvetage des entreprises en difficultés s'opère aujourd'hui de manière diversifiée. De même qu'il n'existe véritablement pas de critère objectif dans le choix des entreprises qui méritent d'être sauvées, de même, les mesures de renflouement financier ont des modalités très variées. En effet, la liberté contractuelle et la liberté du commerce ont pour conséquence que le débiteur en difficultés n'est jamais obligé de demander une

[683] Elles interviennent dans certains cas en premier lieu.

aide et qu'aussi bien les membres que les partenaires de l'entreprise sont libres de décider ou non de l'accorder et, dans l'affirmative, d'en choisir les modalités juridiques[684]. C'est ainsi que concernant les membres, ceux-ci peuvent décider renoncer à l'exercice d'un droit. La renonciation est l'acte de disposition par lequel une personne, abandonnant volontairement un droit déjà né dans son patrimoine éteint ce droit ou s'interdit de faire valoir un moyen de défense ou d'action[685]. Vue sous cet angle, elle peut concourir au financement de l'entreprise en difficultés. Il convient dès lors de s'appesantir sur ses différentes hypothèses (§1) avant de relever son impact sur l'entreprise en difficultés (§2).

§1. Les hypothèses de renonciation à l'exercice d'un droit

353. En droit des sociétés, les hypothèses de renonciation à l'exercice d'un droit sont diverses. Mais, dans le cadre du financement des entreprises en difficultés, seules certaines hypothèses de nature à contribuer au sauvetage de l'entreprise méritent d'être retenues. Il s'agit notamment de l'abandon d'une créance (A), d'un dividende (B), du solde d'un compte courant (C) ou d'une partie des revenus salariaux (D).

A. L'abandon d'une créance

354. L'associé qui renonce à son droit sur une créance contribue par voie de conséquence au renflouement financier de l'entreprise en difficultés. En effet, l'obligation née d'un acte juridique ou d'un fait juridique est considérée du côté actif comme le lien de droit, le rapport juridique entre deux ou plusieurs personnes en vertu duquel l'une d'elles, le créancier, est en droit d'exiger de l'autre le débiteur, l'exécution d'une prestation de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose[686]. À l'égard de l'associé créancier, l'obligation est une créance tandis qu'elle constitue une dette à l'égard du débiteur qui est l'entreprise en difficultés. La créance est donc un droit personnel, un élément de l'actif de son titulaire. Se faisant, la renonciation d'un tel droit

[684] GUYON (Y.), *Droit des affaires. Tome 2 Entreprises en difficultés redressement judiciaire, faillite*, *op. cit*., p.724
[685] CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., p. 846.
[686] RENAULT-BRAHINSKY (C.), *Droit des obligations*, *op.cit*., p. 21.

par l'associé titulaire (2) aura à coup sûr un impact sur le patrimoine de l'entreprise en difficultés étant donné que ladite créance est un élément de son passif (1).

1. La créance, un élément du passif de l'entreprise en difficultés.

355. Parce qu'elle est liée, l'entreprise en difficultés débitrice « doit faire quelque chose pour l'associé créancier ou lui remettre quelque chose »[687]. Dans l'obligation, il existe à la fois un aspect passif, la dette pesant sur le débiteur et un aspect actif, la créance dont le créancier est titulaire. Présenter la créance comme un élément du passif de l'entreprise en difficultés c'est dire que bien qu'étant un élément de l'actif de l'associé créancier, la créance constitue une dette pesant sur l'entreprise. Celle-ci est donc appelée à exécuter une prestation en vertu du lien de droit[688] l'unissant à l'associé créancier.

356. Le lien unissant le débiteur au créancier à deux composantes : le devoir et le pouvoir de contrainte.

L'entreprise débitrice à un devoir vis-à-vis de l'associé créancier : il doit exécuter la prestation à laquelle l'associé a droit. Le devoir de l'entreprise en difficultés envers l'associé est précis. L'associé créancier reçoit la prestation alors que l'entreprise débitrice la fournit. Toutefois, lorsque l'entreprise en difficultés est soumise à une procédure collective, un tel devoir ne saurait lui être exigé.

Relativement au pouvoir de contrainte, force est de relever qu'il est également amenuisé en cas de survenance d'une procédure collective au regard des exigences y relative. C'est ainsi que cette contrainte ne pouvant s'exercer que de façon indirecte sur l'entreprise, c'est-à-dire à travers ses biens, il est interdit à l'associé créancier d'exercer toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances nées antérieurement à la décision d'ouverture d'une procédure collective de règlement préventif ou de redressement judiciaire (articles 9 et 75 du nouvel AUPCAP). Quoiqu'il en soit, cette privation de l'associé de son pouvoir de contrainte n'est pas synonyme de déchéance. Car, il pourra intervenir dans la procédure en qualité de créancier antérieur ou créancier dans la masse. Il devra toutefois produire sa créance dans les délais afin de ne

[687] MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Droit civil, Les obligations*, Editions Cujas, août 1997, p. 13.
[688] Le lien entre le créancier et le débiteur est un lien de droit, c'est-à-dire qu'il peut être l'objet d'une sanction. Il n'est pas seulement moral comme dans les obligations naturelles.

pas la voir éteinte[689] à moins qu'il n'ait volontairement renoncé à son droit de créance au profit de l'entreprise en difficultés.

2. La renonciation du créancier à se prévaloir de sa créance

357. La renonciation du créancier à se prévaloir de son droit de créance entraîne comme conséquence l'extinction de la dette de l'entreprise débitrice. Le créancier qui abandonne volontairement son droit de créance déjà né dans son patrimoine éteint par voie de conséquence ce droit.

La renonciation volontaire s'apparente à une remise de dette. Celle-ci est la convention par laquelle le créancier accepte de libérer totalement ou partiellement le débiteur de sa dette. Elle s'analyse comme un contrat à titre gratuit, comme une donation indirecte.

Le créancier renonçant ne pourra donc plus se prévaloir de sa créance, l'obligation étant éteinte. De même, le débiteur étant libéré, ne devra plus exécuter la prestation à laquelle il était tenu. De la sorte, l'entreprise en difficultés verra son passif diminué ou réduit en l'absence de tout paiement qui constitue le mode par excellence d'extinction d'une obligation.

En renonçant à l'exercice de son droit sur la créance, l'associé créancier entend gratifier l'entreprise en difficultés de sa créance afin qu'elle surmonte ses difficultés. Une telle gratification pourra également émaner de l'abandon d'un dividende.

B. L'abandon d'un dividende

358. Un autre procédé de renonciation à l'exercice d'un droit susceptible de contribuer au financement de l'entreprise en difficultés est l'abandon d'un dividende par l'associé. L'associé quelque soit sa qualité, a un droit au dividende qui est proportionnel à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de son existence. Ce dernier peut toutefois renoncer à se prévaloir de ce droit (2). Dès lors, en quoi consiste le dividende (1)?

[689] Articles 78 et s. du nouvel AUPCAP.

1. Le dividende, un bénéfice attribué à l'associé

359. La société n'est pas une institution philanthropique à partir du moment où les associés y viennent pour gagner de l'argent[690]. Son caractère commercial, c'est-à-dire sa vocation à rechercher le profit, est de nature à faire comprendre que les bénéfices générés par son activité sont nécessairement destinés aux membres qui l'ont constitué, précisément dans cette intention[691]. C'est la raison pour laquelle l'associé bénéficie principalement d'un droit au dividende.

Le dividende est la part de bénéfices, quote-part attribuée à chaque associé pendant la durée de la société au prorata de ses droits dans les bénéfices distribuables[692]. Le bénéfice distribuable auquel les associés peuvent prétendre n'est rien d'autre que le résultat de l'exercice, augmenté du report bénéficiaire et diminué des pertes antérieures ainsi que les sommes portées en réserve en application de la loi ou des statuts[693]. En l'absence de bénéfice distribuable, l'associé ne peut prétendre à aucun dividende, car c'est après constatation de l'existence des sommes distribuables que l'assemblée générale détermine la part de bénéfices à distribuer, selon le cas, aux actions ou aux parts sociales[694]. Tout dividende distribué en violation de cette règle est fictif. C'est dire que la distribution de dividende est étroitement liée à l'existence de bénéfice. Lorsque celui-ci fait défaut, le dividende peut résulter du capital ou des réserves légales de la société.

Quoiqu'il en soit, le dividende correspond à la part du bénéfice social que l'on attribue à l'associé qui peut renoncer à s'en prévaloir.

2. L'abandon du dividende par l'associé

360. L'associé, dans l'optique de contribuer au sauvetage de l'entreprise en difficultés peut renoncer aux dividendes. Par cet acte de disposition, l'associé abandonne volontairement son dividende qui est un droit déjà né dans son patrimoine. Il éteint ce droit au profit de la société qui peut s'en prévaloir. Ainsi, les bénéfices attribués à

---

690 Si une société est créée, c'est en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Cette vocation se traduit pour l'associé par un droit aux dividendes. COZIAN (M.), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés, op. cit.*, p.402.

691 KAMTA FENDOP (E.M), « Associés », in POUGOUE (P.-G.) (dir.), Encyclopédie du droit OHADA, *op.cit.*, p. 371.

692 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique, op.cit.*, p. 321.

693 Article 143, alinéa 1 de l'AUSCGIE.

694 Article 144 de l'AUSCGIE.

l'associé renonçant deviennent la propriété de la société qui pourra l'utiliser afin de renflouer ses caisses.

Le dividende faisant l'objet de la renonciation est un droit acquis. Cette renonciation à un droit acquis est valable. Elle parait davantage intéressante lorsque l'associé renonçant est une société appartenant au même groupe que l'entreprise en difficultés.

Le droit au dividende étant un droit reconnu à tout associé sur les bénéfices présents et futurs, l'engagement de ne pas distribuer les bénéfices futurs est une convention de vote dont la validité bien que discutable, semble pouvoir être admise puisque cet engagement est conforme à l'intérêt social. L'associé peut donc renoncer à son droit de participer à la distribution des bénéfices futurs au profit de la société qui veut surmonter ses difficultés. Il peut également, et toujours dans cette optique, abandonner le solde de son compte courant détenu par l'entreprise en difficultés.

C. L'abandon du solde d'un compte courant d'associé

361. L'abandon du solde d'un compte courant peu être consenti par le titulaire du compte afin d'assainir la situation financière d'une entreprise en difficultés. Cette modalité de renonciation à l'exercice d'un droit sera sans doute fréquente lorsque la société bénéficie d'un règlement préventif. Lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements et plus précisément soumise à une procédure de redressement judiciaire, l'abandon du solde créditeur du compte courant peut également être consenti afin de préserver les chances de redressement de l'entreprise.

La renonciation de l'associé titulaire d'un compte courant à se prévaloir de son solde créditeur appelle une précision. Il faut en effet se demander si cet abandon peut être regardé comme réalisant un comblement partiel ou total des pertes de la société. Dans ce cas, les associés devraient y contribuer en proportion de leur part dans le capital[695]. De plus, l'associé qui aurait abandonné un solde créditeur supérieur au montant des pertes qui lui incombent disposerait-il d'un recours contre les autres associés ? Nous pensons que les règles qui régissent le partage des pertes de la société n'ont pas vocation à

[695] Article 54 de l'AUSCGIE.

s'appliquer à l'abandon du solde d'un compte courant parce que volontairement consenti par l'associé. Il s'agit d'une perte qui lui est personnelle et non d'une perte subie par les associés dans la gestion de la société.

362. Afin de mieux appréhender la question, il conviendrait d'établir une distinction entre les droits et obligations de l'associé en tant que créancier social, et ceux qu'il a en tant qu'associé. Les règles qui régissent la situation de l'associé et notamment les règles sur la contribution aux pertes ne doivent pas interférer avec ses droits et obligations en tant que créancier. Lorsque l'associé abandonne son solde créditeur, il s'agit d'une perte qui lui est personnelle. Le fait pour l'abandon du solde créditeur de diminuer le passif de la société ne saurait suffire à en modifier la nature juridique.

Les avances en compte courant constituent des dettes sociales, et en tant que tel, figurent parmi les sommes que la société doit à ses créanciers. En conséquence, l'abandon de son solde créditeur par l'associé n'est pas assimilable à une perte de la société, bien au contraire.

363. De même, cet abandon du solde créditeur n'est pas la conséquence directe de l'engagement social du titulaire du compte comme le serait le paiement, par l'associé, des dettes sociales. On considère, du reste, que lorsqu'un associé règle, par suite de son obligation aux dettes, les créanciers de la société et bien qu'il y ait assurément pour lui une perte se rattachant à la notion de pertes sociales, les deux notions de pertes et de dettes sociales ne doivent pas être confondues. Il en est de même lorsque la perte supportée n'est pas la conséquence de son engagement social. Quoiqu'il en soit, l'abandon du solde créditeur d'un compte courant peut contribuer au financement de l'entreprise en difficultés.

Comme l'associé, le salarié peut contribuer au renflouement financier de l'entreprise en difficultés en renonçant à une part de ses revenus.

D. La renonciation par les salariés à une partie des revenus

364. Les salariés[696] d'une entreprise en difficultés peuvent contribuer à son redressement en renonçant à une partie de leurs revenus afin d'alléger les charges salariales[697].

Lorsque l'entreprise est soumise à une procédure collective, le règlement des créances salariales lui incombe en raison de sa qualité d'employeur, la participation des salariés à la production de ses biens et du caractère alimentaire et insaisissable d'une fraction de la rémunération. Mais, compte tenu de l'état de cessation des paiements, l'entreprise en difficultés se trouve dans l'impossibilité quasi générale d'y faire face.

Afin d'améliorer la situation des salariés dans les procédures collectives, le législateur OHADA a eu d'abord recours aux garanties classiques de paiement empruntées au droit des sûretés, en dotant ces créances d'un privilège général[698] qui en cas d'ouverture d'une procédure collective devient un super privilège.

365. Les salaires concernés par le privilège et le super privilège sont définis de manière large. Le terme salaire signifie, quels qu'en soient la dénonciation et le mode de calcul, la rémunération ou les gains susceptibles d'être évalués en espèces et fixés, soit par accord, soit par des dispositions réglementaires ou conventionnelles, qui sont dus en vertu d'un contrat de travail par un employeur à un travailleur, soit pour le travail effectué ou devrait être effectué, soit pour les services rendus ou devant être rendus[699].

Le privilège couvre les douze derniers mois de salaires précédant la décision judiciaire d'ouverture de la procédure collective ainsi que les sommes dues pour résiliation du contrat de travail[700].

Le super privilège quant à lui couvre la fraction insaisissable du salaire telle qu'elle est définie par les textes législatifs ou règlementaires[701].

---

[696] Dans les sociétés commerciales, il y a deux groupements qui ne se confondent pas et l'appartenance à l'un ne commande pas l'appartenance de l'autre ; l'associé n'est pas salarié de l'entreprise et le salarié n'est pas associé de la société. L'un relève du droit de sociétés, l'autre du droit du travail. La juxtaposition des qualités est toutefois possible et rien n'interdit à un salarié d'acquérir des actions de la société qui l'emploi ou même à un associé d'être salarié. Mais il s'agit de juxtaposition et non d'un alliage, c'est-à-dire d'une addition du statut d'associé à celui de salarié ou réciproquement. Les catégories se mélangent sans se confondre.

[697] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, p. 135.

[698] Article 180 de l'AUSCGIE.

[699] Article 61 du code de travail.

[700] Article 180-3 de l'AUSCGIE.

366. Au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que le traitement des créances salariales dans les procédures collectives est marqué par une considération de faveur.

Au moins de prime abord, la protection du paiement des salaires semble être une priorité absolue en raison sans doute du caractère alimentaire des créances salariales[702]. Cette protection s'observe également à travers l'exemption des salariés des sacrifices imposés aux créanciers antérieurs de l'entreprise en difficultés. Il ressort en effet de l'article 134, alinéa 3 du nouvel AUPCAP que les travailleurs ne peuvent se voir imposés aucune remises ni délais de paiement excédant deux ans. De même, la suspension des poursuites individuelles ne saurait s'étendre aux créanciers de salaire[703].

S'il est vrai que les créances salariales en raison de leur caractère alimentaire méritent un traitement privilégié, il reste tout aussi vrai qu'un tel traitement aura pour effet de paralyser le redressement de l'entreprise et le remboursement des autres créanciers. En effet, le paiement intégral de la masse de salaires dus par le débiteur compromet le remboursement des fournisseurs et autres créanciers qui ont eux aussi les salaires à régler[704]. De plus, l'entreprise en difficultés devra en même temps qu'elle poursuit son redressement, désintéresser les créanciers de salaire. Ce qui ne sera sans doute pas aisé pour elle. Le redressement nécessite des fonds et la main d'œuvre pour son aboutissement. La conciliation de l'intérêt de l'entreprise et celui des salariés reste nécessaire à cet effet. Or, une telle conciliation ne sera davantage possible que si les salariés soucieux eux aussi du redressement de l'entreprise, renoncent à une partie de leurs revenus. C'est à juste titre que nous pensons que l'abandon par les salariés d'une part de leurs revenus constitue une technique pouvant contribuer au financement de l'entreprise en difficultés.

367. La renonciation par les salariés d'une partie des revenus a pour effet de diminuer le passif de l'entreprise. À travers cette renonciation, les salariés entendent abandonner volontairement un droit déjà né dans leur patrimoine. Ce droit s'éteint au profit de l'entreprise en difficultés qui en devient titulaire.

---

[701] Article 70-1 du code de travail.
[702] Article 96 du nouvel AUPCAP.
[703] SAWADOGO (F.M.), , Droit des entreprises en difficultés, *op.cit*., p.64.
[704] En choisissant de privilégier le paiement des créances salariales, le législateur ne permet pas de maximaliser la procédure de redressement ouverte puisque ce choix n'assure pas la sécurité juridique à laquelle pourrait s'attendre légitimement les autres créanciers privilégiés de l'entreprise.

Les salariés peuvent également consentir à renoncer à une partie des salaires à venir dans l'optique de favoriser le redressement de l'entreprise. Une telle renonciation concourt également au financement de l'entreprise à partir du moment où les sommes issues de la renonciation permettront à l'entreprise de poursuivre les opérations de redressement.

La renonciation à l'exercice d'un droit peut donc contribuer au financement de l'entreprise en difficultés au regard de son impact sur cette dernière.

§2. L'impact de la renonciation sur l'entreprise en difficultés

368. La renonciation à l'exercice d'un droit est une résultante de la résistance individuelle qui consiste pour l'associé à vouloir assurer la survie de l'entreprise en difficultés[705]. Son importance dans le financement des entreprises en difficultés est donc indéniable. Cette importance s'observe aussi bien lorsqu'elle intervient en premier lieu que lorsqu'elle intervient à titre complémentaire.

Lorsque la renonciation à l'exercice d'un droit intervient en premier lieu c'est-à-dire avant tout autre concours, elle peut cristalliser les autres bonnes volontés favorisant ainsi le financement de l'entreprise. Lorsqu'elle intervient à titre subsidiaire, elle vient s'ajouter aux autres techniques déjà mises en place et restées insuffisantes au redressement de l'entreprise. Elle contribue de la sorte au sauvetage de cette dernière (B) parce que lui ayant permis de reconstituer ses fonds propres (A).

A. La reconstitution des fonds propres

369. Toute procédure collective a nécessairement des incidences patrimoniales à partir du moment où son ouverture procède du constat de l'impossibilité pour l'actif disponible de faire face au passif exigible[706].

L'entreprise en difficultés a perdu ses fonds propres. Son redressement suppose sinon une recomposition de son patrimoine du moins une reconstitution de ses fonds propres. Dès lors, en quoi consistent les fonds propres.

---

[705] GUYON (Y.), *Droit des affaires, Entreprises en difficultés redressement judiciaire, faillite, op. cit.*, p.85.
[706] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté, op.cit.*, p. 374.

Bien qu'employé de plus en plus, le terme « *fonds propres* » n'a pas de signification juridique précise[707]. Les fonds propres sont constitués des capitaux et des réserves, c'est-à-dire les fonds qui appartiennent à la société[708]. Mais on y englobe aussi des prêts participatifs et certains emprunts obligataires à long terme. On parle, dans ce cas, de quasi fonds propres ou fonds assimilables à des capitaux propres[709] ayant pour vocation de rester durablement dans l'entreprise.

370. La perte des fonds propres est un phénomène inquiétant qui révèle la situation de cessation des paiements de l'entreprise. Or, l'entreprise en état de cessation des paiements doit être soumise soit à la procédure de redressement judiciaire, soit à la procédure de liquidation des biens selon la gravité de la difficulté.

L'entreprise en état de cessation des paiements qui est soumise à la procédure de redressement judiciaire a nécessairement besoin d'une reconstitution de fonds propres afin de surmonter ses difficultés. Dans les sociétés de capitaux, lorsque les capitaux sont devenus inférieurs à la moitié du capital c'est-à-dire en cas de perte de la moitié du capital social, les associés doivent être consultés spécialement pour décider s'il y a lieu à dissolution ou à la continuation de l'exploitation. S'ils optent pour cette seconde solution, ils doivent mettre sur pied les différentes techniques permettant de reconstituer sinon le capital, du moins, les fonds propres. Parmi ces différentes techniques, les associés peuvent décider de renoncer à l'exercice de leur droit. Dans les sociétés de personnes, la renonciation par les associés à l'exercice de leur droit peut contribuer à reconstituer les fonds propres de l'entreprise en difficultés. Les créances, les dividendes ainsi que les revenus de salaire abandonnés auront à coup sûr pour effet de renflouer les caisses de l'entreprise afin de reconstituer ses fonds propres.

371. La continuation de l'entreprise ne suppose pas seulement que le passif antérieur soit apuré. Il faut également que les ressources nouvelles soient dégagées. Parmi ces ressources nouvelles, les fonds propres jouent un rôle prépondérant, car une

---

[707] Dans les entreprises individuelles, les fonds propres sont les actifs de l'exploitant, même s'ils ne sont pas affectés à un usage professionnel, car l'intéressé n'a qu'un patrimoine. Dans les sociétés, les fonds propres comprennent les capitaux et les réserves, c'est-à-dire les fonds qui appartiennent à la société. Mais on y englobe les prêts participatifs et certains emprunts obligataires à long terme. On parle alors de quasi-fonds propres ou de fonds assimilables à des capitaux propres pour montrer que, sans avoir la nature juridique du capital ou des réserves, ces fonds ont une stabilité presque aussi grande.

[708] GUYON (Y.), *Droit des affaires, Entreprises en difficultés redressement judiciaire, faillite*, *op. cit*., p. 46.

[709] Ces fonds bien qu'assimilables aux fonds propres n'ont pas la nature juridique du capital ou des réserves.

reprise trop largement financée par l'emprunt risque d'être vouée à l'échec. En reconstituant donc les fonds propres de l'entreprise en difficultés, ces renonciations à des droits acquis, contribuent par voie de conséquence sinon à la continuation de cette dernière, du moins à son sauvetage.

B. Le sauvetage de l'entreprise en difficultés

372. Les procédures collectives d'apurement du passif poursuivent trois objectifs à savoir le paiement des créanciers, le sauvetage des entreprises redressables et la punition du débiteur.

En ce qui concerne précisément le sauvetage de l'entreprise, son importance tient à la prise de conscience de l'impact négatif et la disparition des entreprises sur l'économie nationale. L'entreprise en difficultés est sauvée lorsqu'elle a pu surmonter ses difficultés. Plusieurs techniques de financement peuvent lui être utiles à cet effet. Parmi celles-ci figurent la renonciation aux droits acquis. La renonciation aux droits acquis par les membres de la société peut contribuer au sauvetage de l'entreprise en difficultés qui verra non seulement son passif diminué, mais aussi et surtout ses fonds propres reconstitués.

373. L'entreprise est en difficultés parce qu'elle a cessé ses paiements. Elle a cessé ses paiements parce que l'actif disponible est inférieur au passif exigible. Toutes ces renonciations ayant pour effet de diminuer le passif d'une part, elles pourront contribuer à une adéquation entre l'actif et le passif de l'entreprise afin de la sauver. C'est à juste titre que nous les qualifions de techniques de sauvetage des entreprises en difficultés.

Outre la renonciation à l'exercice de leur droit, les membres de l'entreprise peuvent souscrire leur engagement afin de favoriser le financement de cette dernière.

SECTION 2. LE CAUTIONNEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS PAR LEURS DIRIGEANTS OU PAR LEURS ASSOCIÉS

374. Les interférences entre le droit des sociétés et le droit du cautionnement sont nombreuses[710] et posent de réels problèmes aussi bien lorsque la société se porte caution par l'intermédiaire de ses dirigeants, que dans l'hypothèse ou la société est cautionnée par l'un de ses associés ou dirigeants[711] . Il faut alors conjuguer les règles issues de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés avec celles issues de l'Acte uniforme sur les sûretés[712]. Dans la présente section, seront uniquement envisagés les cautionnements donnés en garantie des dettes sociales par un dirigeant[713] ou un associé.

375. On conçoit que les banques demandent quasi-systématiquement aux dirigeants, voire aux associés, de garantir en qualité de caution, le remboursement des emprunts et crédits qu'elles accordent à la société[714]. Plusieurs raisons soutendent cela[715]. D'abord, l'insuffisante surface financière de la société, ensuite, l'obligation des associés dans les SARL et S.A au paiement de leurs dettes étant limitée au montant de leurs apports, ceux qui leur font crédit exigent les garanties de leurs dirigeants ou associés[716]. Enfin, les banques sont échaudées par les lois sur les procédures collectives qui n'assurent pas une meilleure protection des créanciers antérieurs[717]. L'ouverture d'une procédure collective contre la société n'entrave pas le droit de poursuivre à titre

---

[710] On peut faire mention de la fréquence avec laquelle le dirigeant social d'une société à risque limité, spécialement dans les PME, est conduit à accorder sa caution au titre d'engagements sociaux, le plus souvent au profit du banquier. VIDAL (D.), *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 209 ; BOULOC (B.), « Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société », Revue Sociétés, 1992, n° 1, pp. 5.

[711] MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (I.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales, op.cit*., p. 962.

[712] Le régime de droit commun du cautionnement y trouve alors vocation à s'appliquer. On observera cependant, sans doute parce que le dirigeant social caution est bien placé pour connaître la situation du débiteur cautionné, une tendance de la jurisprudence à le traiter un peu plus sévèrement que la caution « ordinaire », à deux points de vue, qui concernent la formation (mention manuscrite) et l'exécution (l'information de la caution) du contrat. En effet, qu'il s'agisse de la mention manuscrite ou de l'obligation d'information de la caution, aucune exigence n'est faite lorsque le dirigeant social se porte caution de l'entreprise dont il a la direction. VIDAL (D.), *Droit des sociétés, op. cit*., p. 210.

[713] Quand il s'engage comme caution, le dirigeant prend un risque qui est justifié par le souci de sauvegarder sa source de revenus. Toutefois, son engagement ne doit pas être hors de proportion avec les émoluments qu'il perçoit, sauf volonté manifeste de sa part à aller au delà de ses émoluments lorsque le sauvetage de l'entreprise l'exige.

[714] CALENDINI (J.-M.), « Le point de vue du banquier sur le cautionnement », in *Les Petites Affiches*, n°115, 25 sept. 1991, p. 11 ; BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur », in *RTD Civ*. n°4, octobre-décembre 1993, p. 37.

[715] COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 12e éd., Litec, 1999, p. 140.

[716] LEFEBVRE (F.), *Sociétés commerciales*, éd. Francis LEFEBVRE, Paris, 1995, p. 17.

[717] CAMPANA (M.-J.), « La situation générale des créanciers dans la procédure », in *Les Petites Affiches*, n°88, 24 juil. 1991, p.27.

personnel le dirigeant qui s'est engagé comme caution[718]. S'il est à la tête d'une bonne fortune, la garantie de la banque sera d'autant confortée[719]. C'est à juste titre que les banques exigent généralement le cautionnement des dirigeants et associés dans l'octroi du crédit aux entreprises. Dès lors, que faut-il entendre par cautionnement ?

376. Le sens juridique du cautionnement est plus précis et est donné par l'AUS[720] en son article 13. Il s'agit d'un contrat par lequel la caution s'engage envers le créancier qui accepte à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si ce dernier n'y satisfait pas lui-même. Au regard de cette définition, on pourrait penser que l'engagement ainsi souscrit revêt un caractère subsidiaire[721]. Mais pratiquement aujourd'hui, tel n'est plus le cas qu'exceptionnellement[722]. Le cautionnement solidaire avec la renonciation au bénéfice de discussion et même de division fait que la caution se retrouve au premier rang à côté du débiteur principal. Ce qui constitue davantage une garantie de paiement pour les banques. Toutefois, pour produire son effet de garantie (§3), les parties doivent nécessairement respecter les conditions de validité du contrat de cautionnement (§1). Aussi, l'étendue du cautionnement qui est l'élément déterminant dans l'octroi de crédit mérite d'être déterminée (§2).

§1. La nécessité du respect des conditions de validité du contrat de cautionnement

377. Le cautionnement est à la fois un contrat et un engagement destiné à jouer un rôle de garantie[723]. En tant que contrat[724], le cautionnement pour sa validité doit d'abord satisfaire aux conditions posées par le droit commun des contrats[725]. Ces conditions s'appliquent à tout cautionnement. Il existe parallèlement des conditions propres aux

[718] BROCARD (E.), « Brèves remarques sur la situation de la caution après la Loi 94-475 du 10 juin 1994 », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1994, p. 368 ; COUDERT (J.L.), « Poursuites d'une caution solidaire d'un débiteur en redressement judiciaire », in *Les Petites Affiches*, n°154, 24 déc. 1993, p.18 ;
[719] COURTIER (J.-L.), « Le cautionnement donné par une société », in *Les Petites Affiches*, n°256, 25 décembre 2000, p.8.
[720] KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op. cit*., p. 9.
[721] PIEDELIEVRE (S.), *Les sûretés*, Armand Colin, Paris, 1996, p. 15.
[722] Article 20 de l'AUS.
[723] PIEDELIEVRE (S.), *Les sûretés*, *op. cit.*, p. 31.
[724] L'engagement de la caution s'analyse en un contrat unilatéral conclu entre elle et le créancier. Dans le cautionnement en effet, seule la caution s'engage envers le créancier qui accepte, à payer la dette du débiteur si ce dernier ne le fait pas. Le créancier quant à lui ne prend aucun engagement. Voir dans ce sens KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op. cit.*, p. 11.
[725] Article 1108 du C. civ. Sur la question, lire LACHIEZE (C.), *Droit des contrats*, Ellipses, octobre 2003, p. 39-86.

cautionnements judiciaire et légal. Il s'agit notamment du domicile et de la solvabilité de la caution.

Toutefois, le cautionnement donné par le dirigeant ou l'associé n'étant ni judiciaire, ni légal, seules retiendront notre attention ici les règles du droit commun des contrats. De plus, avec la reforme de l'AUS, l'écrit et la mention manuscrite [726]qui figuraient parmi les conditions de validité du contrat de cautionnement constituent désormais des conditions d'opposabilité servant à cet effet de preuve du cautionnement[727]. Il conviendrait donc de s'appesantir sur le consentement qui doit être exempt de tout vice (A), la capacité à laquelle on pourra attacher les questions de pouvoir (B), l'objet (C) et la cause (D).

A. L'existence d'un consentement exempt de vice

378. Comme tout contrat, le contrat de cautionnement suppose, pour sa formation, une rencontre de volontés, un échange de consentement. Celui-ci est généralement précédé d'un accord entre la caution et le débiteur dont la portée ne saurait être négligeable.

Le cautionnement suppose donc le consentement des deux parties qui doit exister et être exempt de tout vice[728].

Le problème des vices de consentement intéresse pratiquement la seule caution[729]. La théorie des vices de consentement est fréquemment invoquée par les cautions

[726] Sur la mention manuscrite, lire KALIEU (Y.), « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », *Juridis Périodique*, n°55, juil.-août-sept. 2003, p.109-116 ; KALIEU ELONGO (Y. R.), « L'étendue de l'obligation de la caution en droit OHADA », in *ANOUKAHA (A.) et OLINGA (A.-D.) (dir), L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE, op. cit.*, pp. 362 -367.

[727] Aux termes de l'article 14 de l'AUS, le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation garantie. Il se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention, écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires. Sur la question, voir Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 550 du 27 mai 2005, affaire NOVAPLAST CI c/ BIAO-CI. Ohadata J-09-196 ; Tribunal de grande instance de Ouagadougou (Burkina Faso), Jugement n° 424/2005 du 28 septembre 2005, L'entreprise DIBGOLONGO Boureima c/ NARE Mouini et NABOLE Rosalie. Ohadata J-07-106 ; Cour d'appel de Ouagadougou (Burkina Faso), Chambre commerciale, arrêt n° 099 du 05 mai 2006, BALLY Baba Saïd c/ BOA. Ohadata J-09-19 ; Tribunal de grande instance du Mfoundi, jugement n° 404/CIV du 28 mars 2005, affaire Pitambert Ladharam Asnani (demandeur) Maître Kamdem Matchouandem c/ Mme Epane Mboumdja Julienne (défenderesse). Observations Professeur Yvette KALIEU. Ohadata J-08-112 ; Tribunal de première instance de Daloa, Jugement n°53 du 28 mai 2006, jugement civil contradictoire affaire : Idrissa Koné c/ Kadjo André. Ohadata J-08-40 ; Cour d'appel de Bobo-Dioulasso, Chambre civile, arrêt n° 67 du 18 août 2008, EL Hadji BALIMA Lamoussa c/ BOA. Ohadata J-10- 123 ; Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 32 du 18 avril 2003, Banque commerciale du Burkina (B. C. B.) c/ Air Ivoire. Ohadata J-09-10.

[728] KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op.cit*, p. 20.

désireuses de se libérer d'un engagement qu'elles regrettent. Les tribunaux sont très souvent saisis des demandes d'annulation du contrat pour cause d'erreur[730] et de dol, la violence étant très rarement invoquée.

379. L'erreur est la fausse représentation de la réalité. Elle suppose que le contrat ait été conclu sous l'effet d'une opinion contraire à la réalité. L'erreur sera généralement invoquée par la caution qui fait valoir qu'elle s'est trompée sur un élément fondamental de l'opération, sur sa signification, sur son étendue ou même sur la personne du débiteur. L'existence d'une erreur affectant le consentement de la caution entraîne la nullité du cautionnement. Mais, tous les cas d'erreur ne peuvent être admis comme cause de nullité. Certaines erreurs seront prises en compte tandis que d'autres ne le seront pas[731].

L'erreur de la caution est susceptible de justifier l'annulation du contrat lorsqu'elle est substantielle[732]. Pour entraîner la nullité du contrat, l'erreur doit avoir portée sur la substance même de l'engagement[733] c'est-à-dire sur la dette du débiteur principal. C'est ainsi que l'erreur sur l'existence ou l'efficacité d'autres sûretés bénéficiant au créancier peut entraîner la nullité du contrat de cautionnement. Cette solution est justifiée au regard de l'importance de cette sûreté pour la caution qui pourra s'en prévaloir en cas de paiement. En effet, si elle est amenée à payer aux lieu et place du débiteur, la caution sera subrogée dans les droits du créancier et disposera donc des autres sûretés dont bénéficiait ce dernier[734].

---

[729] MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 964.

[730] Toutefois, seules certaines erreurs particulièrement graves peuvent entraîner la nullité du contrat. Il s'agit notamment de l'erreur sur la substance, de l'erreur sur la personne et de l'erreur- obstacle. Il est bien difficile de définir la notion de substance de l'article 1110 du C. civ. On est parti d'une *conception objective*, suivant laquelle la substance est la matière qui compose la chose à une *conception subjective* suivant laquelle la substance est « la qualité de la chose que les parties ont eu principalement en vue ». Sera de la sorte qualifiée de substantielle toute qualité qui aura été considérée comme essentielle par les contractants. La qualité substantielle est donc la qualité convenue. L'article 1101 alinéa 2 du C. civ. pose le principe suivant lequel l'erreur sur la personne n'est pas une cause de nullité, mais il admet une exception à ce principe lorsque la considération de la personne a été « la cause principale de la convention » c'est-à-dire lorsque le contrat a été conclu intuitu personae. Les auteurs parlent d'erreur-obstacle pour désigner certaines erreurs qui seraient plus graves que l'erreur vice du consentement car elles empêcheraient toute rencontre de volontés. Les hypothèses avancées par ces auteurs sont l'erreur sur *la nature du contrat* (par exemple, l'un pense vendre son bien alors que l'autre a compris qu'il l'acquiert à titre gratuit) et l'erreur sur *l'identité de l'objet du contrat* (l'un croit vendre tel bien alors que l'autre entend acquérir tel autre bien). Voir à ce sujet, LACHIEZE (C.), *Droit des contrats*, *op. cit*., p. 57 et s.

[731] KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op.cit.*, p. 20.

[732] C'est sur le fondement de l'erreur substantielle que les cautions agissent le plus souvent.

[733] Article 1110, alinéa 1 du C.civ.

[734] PIETTE (G.), *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles*, 2e éd., Gualino, Août 2007, p. 37.

380. Si l'erreur sur une qualité substantielle du débiteur principal, rappelle la disposition énoncée par l'article 1110, alinéa 2 du C.civ., elle n'en demeure pas moins critiquable, car l'application de ce texte suppose que l'erreur porte sur la personne du contractant. Or, le débiteur principal n'est pas partie au contrat de cautionnement[735]. C'est assurément la raison pour laquelle s'agissant du traitement réservé à ce type d'erreur le droit français prévoit que l'erreur sur la solvabilité du débiteur est indifférente. Il en est autrement si la caution démontre que son cautionnement a été déterminé par la solvabilité du débiteur[736]. Une telle solution pourrait bien être reprise dans le contexte OHADA[737].

L'erreur invoquée peut également porter sur l'étendue de l'engagement. À cet effet, nous pensons avec Gaël PIETTE qu'elle n'est d'aucun effet sur le cautionnement, ce qui s'explique par le fait qu'il s'agit d'une erreur sur la valeur par principe indifférente[738].

L'erreur sur la nature de l'engagement ne saurait être invoquée par la caution dirigeant. En effet, en sa qualité de dirigeant de la société, elle ne peut prétendre n'avoir pas compris la qualité en laquelle elle a signé l'acte de cautionnement[739].

L'erreur sur la cause du cautionnement peut par contre être invoquée lorsque le cautionnement a été donné en vue du maintien d'un concours bancaire lorsque la banque, quelques semaines après la signature du contrat, interrompt brutalement ses concours, ou lorsque la banque l'a obtenu en vue d'une augmentation du découvert de la société garantie, qu'elle avait promise, mais n'avait nullement l'intention de satisfaire.

381. Le dol constitue également une cause de nullité du contrat de cautionnement. Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté[740]. Il ne se présume pas et doit être prouvé[741].

---

[735] *Idem*.
[736] Il convient de rappeler qu'une telle solution n'est admise que lorsqu'il est question de la solvabilité actuelle du débiteur. L'erreur sur la solvabilité future du débiteur ne saurait dans aucun cas entraîner la nullité du contrat de cautionnement. En effet, l'objet de la sûreté étant de se prémunir contre une éventuelle insolvabilité future du débiteur, le cautionnement serait totalement dénaturé si une telle erreur était prise en compte. Lire à cet effet PIETTE (G.), Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles, *op.cit*., p. 37.
[737] KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op.cit*., p. 20.
[738] PIETTE (G.), *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles*, *op.cit*., p. 38.
[739] MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (I.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 964.
[740] Article 1116, alinéa 1 du C.civ.
[741] Article 1116, alinéa 2 du C.civ.

Le dol est devenu l'un des moyens de défense préféré des cautions, en raison certainement de l'assouplissement jurisprudentiel de la plupart des conditions de mise en œuvre de ce vice de consentement. En effet, l'évolution générale de l'élément matériel du dol qui a conduit à prendre en considération, outre les manœuvres prévues par l'article 1116 du C.civ.., les mensonges et surtout la simple réticence, trouve un contexte favorable dans le cautionnement. De plus, l'élément intentionnel du dol, qui suppose que son auteur ait agi sciemment avec l'intention de tromper son cocontractant, est très souplement admis par les tribunaux[742].

Il s'en suit que la seule condition du dol véritablement restrictive en matière de cautionnement est celle qui exige qu'il émane du cocontractant[743]. Les manœuvres ou les réticences du débiteur principal restent donc impunies. Il en est de même de celles émanant d'un cofidéjusseur. Cette solution, se justifie par le fait que le créancier n'a pas à subir la malhonnêteté d'un tiers ou d'un coobligé solidaire au contrat[744].

Si une obligation d'information est parfois mise à la charge de la banque créancière, elle ne peut guère être invoquée par une caution au courant des affaires du débiteur, comme c'est généralement le cas du dirigeant ou d'un associé.

382. Théoriquement, la violence semblerait pouvoir être facilement retenue que le dol, en ce qu'elle peut émaner du créancier ou d'un tiers. La violence émanant du débiteur principal pourrait alors entraîner la nullité du contrat de cautionnement.

Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire pression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent[745]. La caution ne peut se prévaloir de la violence que si elle a donné son consentement en considération de la crainte d'un mal considérable et présent. Pour caractériser cette crainte, les tribunaux recherchent l'existence de menaces, de contrainte, de fortes pressions.

---

[742] La fraude du créancier est retenue même dans les hypothèses dans lesquelles le comportement de celui-ci s'apparentait davantage à une imprudence ou une négligence.

[743] Article 1116 du C.civ.

[744] La jurisprudence notamment française admet que l'erreur provoquée par le dol d'un tiers puisse entraîner la nullité du contrat lorsqu'elle porte sur la substance de l'engagement (Cass. Civ, 1ere, 3 juillet 1996, Bull, Civ. I, n°288). Il ne s'agit toutefois pas d'une exception à la règle, car cet arrêt, rendu conformément à l'article 1110 du C.civ. est une application de l'erreur et non du dol. La jurisprudence retient également le dol du cofidéjusseur, mais uniquement dans les rapports entre les cofidéjusseurs (Cass.com, 29 Mai 2001, Bull. Civ. IV, n°100).

[745] Article 1112, alinéa 1 du C. civ.

La violence morale est également concevable. Elle sera toutefois difficile à établir. Ce qui aura pour effet le rejet de la demande pour défaut de preuve du vice.

Quoiqu'il en soit, le consentement ne sera davantage valable que si les parties au contrat de cautionnement ont la capacité de contracter à laquelle se joint la question des pouvoirs.

B. La capacité et les pouvoirs de conclure un cautionnement

383. Les questions de capacité et de pouvoirs doivent être rapprochées, en raison de la similitude des difficultés à résoudre[746].

Le cautionnement comme tout contrat, doit être conclu entre personnes capables[747]. Il est dès lors évident qu'un incapable ne saurait seul, se porter caution des dettes d'autrui[748]. Le mineur non émancipé ne peut naturellement pas se porter caution de même qu'une personne majeure déclarée incapable[749].

384. De la question de la capacité, on peut rapprocher celle des pouvoirs. Les époux communs en biens, les représentants d'une personne morale et les mandataires méritent quelques explications. Il s'agit de savoir dans quelle mesure une personne peut engager le patrimoine d'autrui dans un cautionnement.

Le cautionnement peut être souscrit par un mandataire dès lors que les conditions du mandat sont réunies. Le mandataire ne peut engager le mandant que dans les limites qui lui ont été assignées par le mandat. En cas de dépassement de ses pouvoirs par le mandataire, le cautionnement souscrit est nul. La question du pouvoir de conclure un cautionnement peut surtout susciter des difficultés dans deux situations, celle des époux communs en biens et celle du représentant de la société.

385. Relativement aux époux communs en biens, la question qui mérite d'être posée est celle de savoir le sort d'un cautionnement souscrit par un dirigeant ou un associé personne physique ayant opté pour la communauté des biens.

Dans un régime de communauté, le principe en droit camerounais est que le mari administre seul les biens de la communauté Il peut les vendre, aliéner ou hypothéquer

[746] PIEDELIEVRE (S.), *Les sûretés, op.cit*., p. 34.
[747] Articles 1103 et 1125 du Code civ.
[748] PIETTE (G.), *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles, op.cit*., p. 39.
[749] KALIEU ELONGO (Y.) *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA, op.cit*., p. 22.

sans le concours de sa femme[750]. Le cautionnement souscrit par un dirigeant, époux commun en biens, est donc valable quand bien même son épouse n'aura pas consenti. En droit français par contre, le principe est la gestion courante des biens, c'est-à-dire que chaque époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et même d'en disposer[751]. Ce principe comporte des exceptions, notamment en ce qui concerne les actes dangereux pour le patrimoine familial. S'agissant précisément du cautionnement, il ressort de l'article 1415 du C. civ. qu'un époux ne peut engager seul que ses biens propres et ses revenus. Les biens communs ne seront engagés que si le cautionnement est conclu avec le consentement exprès[752] de l'autre conjoint, lequel n'engagera pas dans ce cas ses biens propres. Ainsi, si un dirigeant ou un associé marié sous le régime de communauté agit seul, le créancier ne devra se contenter que de ses biens propres et revenus. C'est la raison pour laquelle les établissements bancaires exigent le plus souvent que les deux époux soient présents à l'acte.

386. Le cautionnement est assurément l'un des domaines dans lesquels les pouvoirs des représentants des sociétés sont les plus encadrés[753]. Ces précautions s'expliquent à coup sûr par la crainte que génère le cautionnement souscrit au nom d'une société. Le dirigeant ou l'associé personne morale peut se faire représenter dans la souscription de son engagement au profit d'une entreprise en difficultés. Son représentant risque de profiter de ses pouvoirs pour conclure une opération dans son intérêt personnel au détriment de celui de la personne morale.

La limite la plus générale au pouvoir du représentant d'engager la société dans un cautionnement réside dans le principe de la spécialité[754], en vertu duquel les personnes morales n'ont qu'une capacité limitée à l'objet en vue duquel elles ont été créées. C'est dire que le cautionnement doit entrer directement ou indirectement dans l'objet social.

---

[750] Article 1421 du Code civ. camerounais.
[751] Article 1421 alinéa 1 du Code civ.
[752] L'article 1415 du C. civ. exige un consentement exprès du conjoint pour l'engagement de la communauté. Il sera donné pour un contrat de cautionnement précis, et non pour un ensemble de contrats de cautionnement. En pratique, ne serait-ce que pour des raisons de preuve, il devra être donné par écrit, même si les règles de l'article 1326 du C.civ. ne lui sont pas applicables. Voir à cet effet PIEDELIEVRE (S.), *Les sûretés, op.cit*., p. 35.
[753] PIETTE (G.), *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles*, *op.cit*., p. 40.
[754] Le principe de la spécialité comporte deux aspects. Le premier, légal, pose le principe de la capacité des personnes morales à poursuivre la réalisation d'un bénéfice ou d'une économie. Le second, conventionnel, défini par les associés, précise l'activité de la société, la difficulté posée par la spécialité tient à ce que la société caution ne tire aucun bénéfice et aucune contrepartie de l'émission de la garantie. Voir à cet effet PIEDELIEVRE (S.), *Les sûretés, op.cit*., p. 36.

387. Toutefois, cette exigence de conformité à l'objet social s'applique surtout aux sociétés à risque illimité. Dans les SARL et les SA, les actes accomplis par le dirigeant engagent la société, même s'ils ne relèvent pas de l'objet social.

De plus, dans les SARL et les SA, certaines précautions spécifiques ont été mises sur pied. D'une part, le gérant de la SARL et le dirigeant de la SA ne peuvent obtenir un cautionnement de leur société en garantie de leurs dettes personnelles. D'autre part, le représentant d'une SA ne peut souscrire un cautionnement au nom de la société que s'il a reçu à cet effet, une autorisation préalable spéciale du conseil d'administration[755] ou de l'administrateur général[756], selon le cas. Cette autorisation doit être limitée dans son montant[757] et dans le temps, sans pouvoir excéder un an[758]. À défaut d'autorisation, le cautionnement est nul[759]. Reste maintenant à savoir si cette nullité est absolue ou relative. La nullité absolue paraît excessive parce que de nature à compromettre un secteur d'activité vitale pour l'économie. De la sorte, il serait judicieux d'admettre une nullité relative ce qui permettra à la société de confirmer ou de ratifier la garantie donnée sans autorisation préalable après que la nullité ait été invoquée.

Si par contre les cautions, avals, garanties ou garanties à première demande ont été donnés pour un montant total supérieur à la limite fixée pour la période en cours, et qu'il advienne que le dirigeant excède ce montant, ce dépassement sera inopposable aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance à moins que le montant de l'engagement invoqué excède à lui seul, l'une des limites fixées par la décision du conseil d'administration prise en application des dispositions de l'article 449 de l'AUSCGIE [760].

---

[755] Article 449 de l'AUSCGIE.
[756] Article 506 de l'AUSCGIE.
[757] Article 449 alinéas 2, 3 et 4 de l'AUSCGIE.
[758] Article 449 alinéa 5 de l'AUSCGIE.
[759] La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, en s'en tenant à une interprétation stricte a dans un avis en date du 26 avril 2000, estimé que l'autorisation préalable du conseil d'administration était nécessaire même dans ce cas ; CCJA, avis n°02/2000/EP, 26 avril 2000. Il y a été décidé que « les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales en raison de leur forme quel que soit l'objet, l'article 449 dudit Acte uniforme s'applique aux banques et aux établissements financiers entrant dans cette dénomination juridique. Les seules dérogations admises sont celles prévues par l'Acte uniforme lui-même qui renvoie à cet égard aux dispositions législatives nationales auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier ». Au sens donc de cet avis, les dispositions des articles 449 et 506 de l'AUSCGIE, sont impératives et sanctionnées à cet effet par la nullité. Lire à cet effet SAWADOGO (F.M.), « Observation sous article 449 de l'AUSCGIE », in Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2014, p. 529.
[760] Article 449 *in fine* de l'AUSCGIE.

388. Si l'intérêt social permet d'annuler ou de rendre inopposable le contrat de cautionnement pour défaut d'autorisation, il joue également un rôle important dans la validité de l'engagement. En effet, celui-ci n'est valable que s'il est conforme à l'intérêt social[761]. Il est donc nécessaire qu'existe une identité d'intérêts entre la société et le débiteur cautionné, que le cautionnement octroyé comporte une contrepartie immédiate pour la société caution et qu'il ne présente aucun risque d'anéantissement total du patrimoine de cette dernière[762].

Le dirigeant social ou l'associé doit avoir la capacité et les pouvoirs de contracter afin que le cautionnement produise ses effets. Aussi, l'objet de l'engagement doit être licite et consister dans ce cas en la dette du débiteur en difficultés.

C. L'objet du cautionnement : la dette du débiteur en difficultés.

389. Aux termes de l'article 1126 du C.civ., tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, à faire ou à ne pas faire. L'objet de l'obligation de la caution est la prestation promise au créancier, c'est-à-dire la dette du débiteur principal[763]. L'exigence de l'objet dans la formation du contrat de cautionnement est évoquée par l'article 1108 du C.civ.[764].

Pour que le contrat soit valable, il faut que l'objet remplisse un certain nombre de conditions. Parfois, en plus, l'objet doit avoir une certaine valeur : c'est le problème de la lésion. Toutefois, le contrat de cautionnement étant un contrat unilatéral, la lésion ne saurait être invoquée ici. Seule retiendra donc notre attention, la condition relative à l'existence de l'objet.

L'objet du cautionnement doit être licite[765]. Il doit exister c'est-à-dire qu'il doit être réel, déterminé ou du moins déterminable[766]. La dette principale doit être délimitée avec un maximum de précision et le débiteur principal doit être identifié dans l'acte de cautionnement.

---

[761] PIETTE (G), *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles, op.cit.*, p. 41.
[762] *Idem*.
[763] *Idem.*
[764] RENAULT BRAHINSKY (C.), *Droit des obligations, op.cit.*, p. 73.
[765] Selon l'article 1128 du C.civ., l'objet du cautionnement doit être licite, il doit être dans le commerce. Serait par exemple illicite une prestation consistant à commettre un délit, de même qu'une convention portant sur un corps humain.
[766] Article 1129 du C.civ.

390. Dans le silence de l'article 2288 du C.civ., il convient de dire que le cautionnement peut avoir pour objet une dette contractuelle ou délictuelle. L'hypothèse de dette délictuelle ne saurait toutefois être retenue ici dans la mesure où le débiteur en difficultés sera difficilement responsable d'un préjudice quelconque subi par la banque. De plus, une telle hypothèse ne saurait concourir au renflouement financier de l'entreprise en difficultés à partir du moment où elle ne lui permettra pas d'obtenir un financement.

Le cautionnement suppose que l'obligation garantie soit valable[767]. Cette règle n'est qu'une suite logique du caractère accessoire du cautionnement. Il en découle que la caution soit libérée si l'obligation principale est nulle. Cette exigence est toutefois assortie d'une exception. Il est en effet possible de cautionner, en parfaite connaissance de cause, les engagements d'un incapable[768].

Comme l'objet du cautionnement, la cause licite reste nécessaire pour la validité de l'engagement.

D. La cause du cautionnement : l'obtention du crédit

391. Les articles 1108, 1131 à 1133 du C.civ.. relatifs à la cause s'appliquent au cautionnement. La cause est le but poursuivi par chacune des parties. C'est le motif pour lequel les parties contractent[769].

Selon l'interprétation la plus courante admise en jurisprudence notamment française[770], la cause du cautionnement est la considération du crédit accordé au débiteur. Elle est fixée au moment de la formation du contrat. Elle doit être licite et morale[771].

392. La notion de cause a une double conception. La conception subjective, c'est-à-dire le motif impulsif et déterminant du contrat. Cette conception s'applique au cautionnement. L'engagement de la caution peut être justifié par des raisons diverses, telles que la volonté de concourir au redressement de l'entreprise en difficultés, etc. La

[767] Article 17 de l'AUS.
[768] Cette règle surprenante à première vue, permet d'anticiper la capacité du mineur proche de sa majorité, en complétant la faiblesse de son engagement par la solidarité d'un cautionnement efficace. Voir à cet effet PIETTE (G.), Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles, *op.cit*., p. 42.
[769] RENAULT BRAHINSKY (C.), *Droit des obligations*, *op.cit*, p. 81.
[770] Cass. Civ 19 mai 1987 : Gaz.Pal., 1989, I, p. 180, Note P. Lancereau et B. FENDT.
[771] KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op.cit*., p. 23.

cause subjective permet de contrôler la licéité et la moralité du cautionnement. Pour que le motif impulsif et déterminant soit considéré comme une cause du contrat, il faut qu'il soit connu de l'autre partie. La conception objective[772] de la cause soulève davantage de difficultés. Tout d'abord, il est reproché à cette théorie son inexactitude. Cette inexactitude s'observe davantage dans un contrat synallagmatique. Dans un tel contrat, il ne serait pas possible que chacune des obligations ait pour cause l'obligation de l'autre dans la mesure où elles existent simultanément. Le fait qu'elle soit la cause l'une de l'autre imposerait que l'une soit postérieure à l'autre ; or, c'est impossible. Cette théorie serait également inutile dans la mesure où généralement l'absence de cause est en réalité une absence de consentement ou d'objet et la cause illicite se confond avec l'objet illicite[773].

393. La disparition de la cause est assez souvent invoquée par les cautions surtout lorsque la relation qui soutendait la souscription de leur engagement n'existe plus[774]. La question fondamentale qui mérite d'être posée est celle de savoir si elles doivent dans ce cas être libérées de leur engagement ou si elles restent tenues malgré tout[775].

Si la caution ne conditionne pas son engagement au maintien des relations avec le débiteur principal qui l'ont justifié, le cautionnement subsiste. Tel est le cas notamment lorsque le dirigeant d'une société en perd la direction[776]. La cause devant être appréciée au moment même de l'engagement de la caution, sa disparition ultérieure ne saurait affecter l'efficacité de la garantie.

Outre les conditions de validité, l'étendue de l'engagement reste nécessaire dans l'opération de cautionnement à partir du moment où c'est généralement l'élément déterminant dans la décision du banquier à octroyer son concours.

---

[772] D'après cette conception, la cause est toujours la même pour un même type de contrat. Dans les contrats synallagmatiques, la cause réside dans l'espoir pour chacune des parties d'obtenir la contre prestation promise par l'autre. Dans les contrats unilatéraux, la cause est la remise matérielle de la chose lors de la formation du contrat. Dans les contrats à titre gratuit, la cause réside dans l'intention libérale.

[773] RENAULT BRAHINSKY (C.), *Droit des obligations*, *op.cit.*, p. 82.

[774] KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op.cit.*, p. 23.

[775] *Idem*.

[776] Cass.com, 6 décembre 1988 : Bull. civ. IV, n° 334.

§2. L'étendue du cautionnement, élément déterminant dans l'octroi du crédit à l'entreprise en difficultés

394. L'engagement de la caution est dans la mouvance de la dette principale[777]. Il dépend de l'obligation principale et ne saurait l'excéder. Il ressort en effet de l'article 17 alinéa 3 AUS que l'engagement de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal ni être contracté à des conditions plus onéreuses que l'obligation principale sous peine de réduction. Aux termes de l'article 17, alinéa 1 de l'AUS, le cautionnement ne peut en principe exister que si l'obligation principale garantie est valablement constituée. C'est dire que si l'obligation principale est nulle, le cautionnement n'a pas d'objet[778]. De même, en cas d'extinction de la dette principale, le cautionnement est pareillement éteint. C'est la conséquence première du caractère accessoire du cautionnement[779]. Cette conséquence est renforcée par l'article 17 alinéa 4 du même texte lorsqu'il prévoit que le débiteur principal ne peut aggraver l'engagement de la caution par une convention postérieure au cautionnement[780].

De ce qui précède, il ressort que la question de l'étendue du cautionnement se pose quant au montant (A) et quant à la durée de la sûreté (B). En effet, tant le montant que la durée du cautionnement peuvent être plus ou moins déterminés lors de la conclusion du contrat de cautionnement.

A. Le montant du cautionnement

395. L'article 17, alinéa 3 de l'AUS fixe un plafond au montant du cautionnement lorsqu'il prévoit que l'engagement de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal, ou être contracté à des conditions plus onéreuses que l'obligation principale.

---

[777] MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (I.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 968.
[778] Cass.com, 12 février 1991, n° 89-10. 662, *Dr. sociétés* 1991, n° 89.
[779] KALIEU ELONGO (Y.R.), « Cautionnement », *préc*., p. 508.
[780] *Idem*.

La sanction du cautionnement dépassant ce plafond n'est pas la nullité mais la réduction du montant du cautionnement. Ce montant sera réduit à la mesure de l'obligation principale[781].

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés n'impose toutefois pas que le cautionnement soit défini, c'est-à-dire que l'engagement de la caution soit expressément limité à une somme déterminée. Le montant du cautionnement peut donc être déterminé ou indéterminé.

Le cautionnement est déterminé lorsque la somme cautionnée est exactement et limitativement déterminée dans l'acte de cautionnement et plus précisément dans la mention manuscrite[782]. La caution peut en effet limiter son engagement en décidant de ne payer qu'une partie de la dette principale qui sera éventuellement due. Dans ce cas, l'engagement est limité à une certaine somme par rapport à un montant qui est déterminé ou indéterminé au jour de la conclusion du contrat[783].

396. Toutefois, les dispositions relatives à la mention manuscrite[784] doivent être respectées[785]. En effet, la somme garantie doit obligatoirement être écrite en toutes lettres de la main de la caution et chiffrée. Une telle prescription reste nécessaire à partir du moment où la caution devra s'en prévaloir au moment opportun afin d'établir la preuve de son engagement. La mention manuscrite reste donc importante dans la détermination du montant du cautionnement car en l'absence d'une telle mention[786] le cautionnement sera indéterminé.

Le cautionnement est indéterminé ou indéfini lorsque la caution s'engage dans les mêmes termes que le débiteur principal. Ce cautionnement s'étend à tous les accessoires de la dette. Cette hypothèse correspond à ce que l'Acte uniforme qualifie de « *cautionnement général des dettes du débiteur principal* »[787]. Le plus souvent, le cautionnement indéfini est un engagement de garantir les dettes futures du débiteur

[781] Article 17, alinéa 3 AUS.
[782] KALIEU ELONGO (Y. R.), « Cautionnement », préc., p. 508.
[783] *Idem*.
[784] Seule la mention manuscrite apposée par la caution détermine de façon explicite et non équivoque, la nature et l'étendue de l'engagement.
[785] Article 14 de l'AUS.
[786] Bien que la mention manuscrite soit également exigée dans l'hypothèse du cautionnement général des dettes du débiteur principal.
[787] Article 19 de l'AUS. Sont ainsi qualifiés le cautionnement donné pour le solde débiteur du compte courant d'une entreprise ou le cautionnement de toutes les dettes du débiteur à l'égard d'un créancier donné. Lire à cet effet KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op.cit.*, p. 32.

principal. Tel est le cas du cautionnement « *omnibus* » par lequel la caution accepte de garantir les ouvertures de crédit qu'une banque consent à un commerçant personne physique ou morale. Une telle garantie serait souhaitable afin de faciliter à coup sûr l'octroi du crédit aux entreprises en difficultés.

397. Pendant longtemps, la validité de cautionnement général des dettes du débiteur est apparue discutable[788]. Il n'en demeure pas moins extrêmement dangereux pour la caution. En effet, il lui est impossible, lors de la conclusion du contrat de cautionnement, de connaître le montant qu'elle pourra être amenée à devoir payer au créancier. Par ailleurs, ce type de cautionnement peut amener les cautions à opposer de vives contestations lors du paiement[789]. C'est assurément fort de cela que l'article 19 de l'AUS a prévu des restrictions à la conclusion de tels engagements.

Le cautionnement général des dettes du débiteur comporte donc les limites légales[790]. La première limite est relative à la nature de la dette pouvant faire l'objet de ce type d'engagement. Il est en effet prévu que ce type de cautionnement ne s'entend, sauf clause contraire expresse, que de la garantie des dettes contractuelles directes[791]. La caution ne saurait donc souscrire un tel engagement pour la garantie des dettes délictuelles. La seconde limite ressort de l'article 19, alinéa 3 de l'AUS lorsqu'il dispose que « sauf clause contraire, le cautionnement général ne garantit pas les dettes du débiteur principal antérieures à la date du cautionnement ». C'est dire que le cautionnement général ne garantit que les dettes postérieures à la conclusion du contrat. L'article 19, alinéa 2 de l'AUS prévoit enfin que l'engagement doit être conclu sous peine de nullité pour une somme maximale librement déterminée ; ce qui impose le respect des exigences de l'article 14 de l'AUS. La mention manuscrite est donc exigée dans la détermination du montant maximum de la garantie même si le cautionnement est général. Le montant maximum doit donc être déterminé même si la loi prévoit qu'il peut être renouvelé dès qu'il est atteint. Toutefois, ce renouvellement doit être express[792]. Il ne saurait donc être renouvelé par tacite reconduction car toute clause contraire est réputée

[788] PIETTE (G.), *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles*, *op.cit*., p. 45.
[789] ANOUHAKA (F.), *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, collection droit uniforme, PUA, 1998, p.12.
[790] KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op.cit*., p. 32.
[791] Article 19, alinéa 1 de l'AUS.
[792] Article 19, alinéa 2 de l'AUS.

non écrite. Par ailleurs, ce type de cautionnement peut être révoqué à tout moment par la caution même si le montant maximum garanti n'est pas atteint. Une telle possibilité est offerte à la caution que le cautionnement soit à durée déterminée ou indéterminée.

B. La durée du cautionnement

398. La durée du cautionnement est liée à celle de l'obligation principale ce qui n'est qu'une conséquence de son caractère accessoire. Elle est déterminée selon que le cautionnement garantit une dette présente ou future. Il conviendrait donc de distinguer ces deux hypothèses afin de mieux appréhender cette question.

Lorsque l'obligation garantie est présente au moment de la conclusion du cautionnement, c'est-à-dire si la dette principale existe au jour du cautionnement, la caution en connaît le montant et sait qu'à défaut du débiteur, il devra en assurer le paiement à l'échéance. Elle est donc obligée jusqu'à ce que la dette principale soit éteinte.

La déchéance du terme, sauf clause contraire, est inopposable à la caution qui pourra s'en prévaloir du terme initialement convenu. La prorogation du terme de l'obligation principale profite, si elle le souhaite, à la caution lorsqu'il, s'agit d'une prorogation volontairement accordée par le créancier. Si par contre, la prorogation a été imposée au créancier par la loi ou le juge, elle ne profite pas, en principe, à la caution. La solution inverse dénaturerait le cautionnement qui a pour fonction de garantir le paiement à l'échéance[793]

399. Lorsque l'obligation principale est future, la caution s'engage sans connaître le montant des créances qu'elle devra garantir. Dans cette hypothèse, la caution a un choix. Elle peut décider de fixer un terme à la durée de son engagement. Le cautionnement est alors à durée déterminée. Elle peut également décider de ne pas fixer un terme à la durée de son engagement. Le cautionnement est dans ce cas à durée indéterminée mais la caution dispose d'une faculté de résiliation unilatérale[794].

[793] PIETTE (G.), *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles*, *op.cit*., p. 47.
[794] La faculté de résiliation unilatérale étant reconnue à toutes les parties à un contrat, le créancier peut également manifester son intention de résilier le contrat de cautionnement à durée indéterminée.

Si le cautionnement est conclu à durée déterminée, la caution est tenue des dettes pouvant naître avant la survenance du terme. Dans le cautionnement à durée indéterminée, la caution est tenue des dettes pouvant naître avant la résiliation unilatérale du contrat de cautionnement.

400. Quelle que soit l'option choisie, le cautionnement des dettes futures comporte une incertitude : l'existence et l'étendue de la dette sont inconnues au jour de la conclusion du contrat. L'engagement de la caution est toutefois valable : elle s'oblige à garantir les dettes qui naîtront durant la période de validité du contrat. Elle s'oblige de la sorte à garantir les dettes à venir : c'est l'obligation de couverture. Au fur et à mesure que les dettes naîtront entre le créancier et le débiteur principal. Elle sera tenue d'une autre forme d'obligation, qui est celle de régler ces dettes aux dates convenues : c'est l'obligation de règlement.

La caution dans le cautionnement à durée indéterminée est donc tenue de deux formes d'obligations à savoir l'obligation de couverture et l'obligation de règlement. L'intérêt de cette distinction s'observe lors de la survenance du terme convenu ou à l'occasion de l'exercice par la caution de sa faculté de résiliation unilatérale. Ces évènements mettent fin à l'obligation de couverture mais laissent subsister l'obligation de règlement. La caution dans ce cas n'est plus tenue de couvrir les dettes qui naîtront ultérieurement, mais elle devra régler les dettes antérieures.

Le fait pour la caution de régler des dettes du débiteur principal participe sinon de la mise en œuvre du cautionnement, du moins de ses effets.

§3. Les effets du cautionnement

401. Même s'il est un contrat entre le créancier et la caution, le cautionnement intéresse de plus nombreux protagonistes[795]. L'étude des effets du cautionnement ne se limite pas aux questions suscitées par la mise en œuvre du contrat de cautionnement. Il intéresse également les effets importants dus à l'opération de cautionnement tels que le financement de l'entreprise en difficultés. Aussi certains recours vont être offerts à la caution qui vient d'être actionnée ou qui est sur le point de l'être. Ils sont la conséquence

[795] PIETTE (G.), *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles*, *op.cit*., p.50.

du fait que la caution est seulement un garant, partageant parfois cette situation avec d'autres. C'est fort de tout cela qu'il conviendrait d'envisager les effets du cautionnement aussi bien à l'égard du débiteur (A), de la ou des caution(s) (B), qu'à l'égard du créancier (C).

A. Les effets du cautionnement sur l'entreprise en difficultés

402. A l'égard de l'entreprise en difficultés, le cautionnement favorise l'octroi du crédit (1), même si la caution pourra éventuellement exercer son recours avant ou après paiement (2).

1. L'obtention du crédit

403. Personne, à priori, n'a envie de prêter de l'argent à une entreprise en difficultés ; que la difficulté soit passagère ou que l'entreprise soit en état de cessation des paiements. Or, sans crédit, l'entreprise ne pourra sans doute pas surmonter ses difficultés. Malgré le privilège « *d'argent frais* » institué en vue d' « *appâter* » les fournisseurs de crédit, sans lesquels rien n'est parfois possible, l'on observe de plus en plus une frilosité des pourvoyeurs de crédit à apporter leurs concours aux entreprises en difficultés. Quand bien même ils entendent contribuer au financement de l'entreprise, ils exigent l'octroi des garanties pouvant efficacement les prémunir contre le risque d'insolvabilité ultérieure de l'entreprise en difficultés. Le recours à la technique du cautionnement est fréquent.

En effet, l'entreprise en difficultés ayant perdu sa crédibilité, les pourvoyeurs de crédit n'étant du reste pas rassurés de sa survie et même de sa capacité financière à honorer ses engagements à l'échéance en vertu de la priorité de paiement, préfèrent qu'une ou plusieurs personnes souscrivent leur engagement à se substituer à elle en cas d'inexécution de son obligation à l'échéance ; engagement sans lequel le crédit ne saurait être mis en place. C'est dire l'importance du cautionnement dans l'octroi du crédit à l'entreprise en difficultés. Cet aspect de la garantie est d'ailleurs ce qui fait d'elle une technique de financement des entreprises en difficultés.

La possibilité pour la caution de recourir éventuellement à l'entreprise, ne saurait en rien atténuer l'efficacité du cautionnement à contribuer à son financement, à partir du moment où le crédit facilité par la garantie lui permettra de résoudre ses difficultés ne serait-ce que momentanément.

2. Le recours de la caution

404. Ce recours découle du rôle du cautionnement[796]. La caution accepte éventuellement de payer le créancier aux lieu et place du débiteur[797], mais ce n'est pas sur elle que devrait peser la contribution définitive à la dette. Elle n'est qu'un débiteur accessoire, subsidiaire. Elle doit donc être remboursée par le débiteur principal une fois qu'elle a exécuté son engagement[798]. Elle dispose donc d'un recours après paiement[799], mais aussi de manière plus originale avant paiement[800].

Le recours après paiement est qualifié de recours normal à partir du moment où il se justifie par le paiement effectué par la caution au créancier[801]. Dans l'exercice de son recours en remboursement de ce qu'elle a payé, la caution doit respecter les conditions prévues à cet effet et sans lesquelles elle ne saurait aboutir dans ses poursuites.

Au nombre de ces conditions, certaines sont relatives au paiement tandis que d'autres concernent le délai de recours[802]. Le paiement doit avoir été effectué par la

---

[796] En principe, l'accessoire ne joue qu'à sens unique. Lorsque le débiteur est libéré, la caution l'est également. Mais lorsque la caution est libérée, le débiteur ne l'est pas. Lire à cet effet, MALAURIE (P.) et AYNES (L.), *Les sûretés, la publicité foncière*, 4e éd., Defrénois Lextenso, 2009, p. 108.

[797] PIEDELIEVRE (S.), *Les sûretés, op.cit.*, p.52.

[798] Sur le recours de la caution contre le débiteur principal, lire Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 84 du 07 avril 2006, TAMBOURA Hamadoum c/ OUEDRAOGO Sibiri Joseph. Ohadata J-09-23 ; Cour d'appel de Daloa, arrêt n° 115 du 28 juillet 2005, DBY c/ GVC WADAMA, Le JurisOhada n° 1, 2006, p. 39. Ohadata J-07-04 ; Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre Commerciale, arrêt n° 102 du 18 mai 2007, SANOU Mesmin c/ SGBB. Ohadata J-09-51 ; Tribunal de première instance de Bouaflé, jugement n° 113 du 28 juillet 2005, affaire ADJEBI YOUAN Celestin c/ GVC WADAMA. Ohadata J-09-204.

[799] Elle peut néanmoins renoncer à ce recours dans le but par exemple de réaliser une donation indirecte en faveur du débiteur. Elle peut également perdre ce recours dans deux hypothèses. D'une part, si elle a payé le créancier sur les poursuites de celui-ci, sans avertir le débiteur qui a, lui aussi payé. D'autre part, si la caution a payé le créancier sans avoir averti le débiteur qui bénéficiait des moyens pour faire déclarer la créance éteinte. Dans ces deux cas, la caution ne dispose que d'une action en répétition contre le créancier. Lire dans ce sens PIETTE (G.), Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles, *op.cit.*, p.53, PIEDELIEVRE (S.), *Les sûretés, op.cit.*, p.52.

[800] Sur le recours exceptionnel avant paiement, lire MINKOA SHE (A.), D*roit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, T. 1 : Les garanties personnelles*, éd. Dianoïa, Paris, PUF, juin 2010, p. 161-165 ; KALIEU ELONGO (Y. R.), « Cautionnement », préc., pp.513-514.

[801] *Ibidem*., p.512.

[802] *Idem*, p.513.

caution. Il doit être valable, intégral et libératoire[803]. Relativement aux délais, la caution ne saurait valablement agir que si l'action n'est pas prescrite[804].

405. Dès lors que ces conditions sont réunies, la caution peut exercer ses poursuites contre le débiteur principal afin de rentrer en possession de son dû. Elle bénéficie à cet effet d'une action personnelle et d'une action subrogatoire[805].

L'action personnelle de la caution ressemble à celle d'un mandataire ou d'un gérant d'affaires. Elle est ouverte à toute caution quelle qu'elle soit, sauf renonciation de sa part. Par ce moyen, la caution peut réclamer non seulement ce qu'elle a payé au créancier (principal et intérêts) mais aussi les frais qu'elle a engagés dans les poursuites, ainsi que les dommages intérêts pour réparation du préjudice subi du fait des poursuites du créancier[806]. Dans l'hypothèse d'une pluralité de débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution a contre chacun d'eux un recours pour le total de ce qu'elle a payé.

Le recours personnel présente l'avantage de permettre une indemnisation complète de la caution, qui pourra obtenir plus que ce qu'elle a payé.

Selon l'article 31, alinéa 1 de l'AUS, la caution [807] qui a payé la dette est subrogée dans tous les droits et garanties qu'avait le créancier contre le débiteur. Dans l'hypothèse d'une pluralité de débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution est subrogée contre chacun d'eux pour tout ce qu'elle a payé, même si elle n'en a cautionné qu'un, ce qui lui permet de réclamer la totalité de la somme due à l'un quelconque deux[808].

Toutefois, avec le recours subrogatoire, la caution ne peut demander que le remboursement des sommes que le créancier pouvait lui-même réclamer au débiteur principal. Elle ne peut obtenir ni le remboursement des frais, ni l'attribution des dommages-intérêts. Ce recours limite l'indemnité de la caution à ce qu'elle a payé. À l'inverse du recours personnel, le recours subrogatoire ne permet pas à la caution

[803] CA de Daloa, arrêt n°115 du 28 juillet 2005, DBY/GVC Wadama, juris. OHADA n°1, 2006, p. 39 ; ohadata J-07-04.
[804] En matière commerciale, l'action se prescrit par cinq ans conformément à l'article 16 de l'AUDCG. En matière civile, c'est la prescription trentenaire.
[805] MINKOA SHE (A.), *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, T.1 : Les garanties personnelles, op. cit*., p. 154.
[806] Article 32 de l'AUS.
[807] Comme le recours personnel, le recours subrogatoire est ouvert à toutes les cautions.
[808] Article 31, alinéa 2 de l'AUS.

d'obtenir davantage. Toutefois, étant subrogé dans les droits et garanties du créancier, la caution profitera des éventuelles garanties et sûretés réelles ou personnelles dont celui-ci disposait en sus du cautionnement[809].

406. Disposant des deux recours, la caution est libre de choisir le recours qu'elle souhaite exercer. Elle peut également choisir d'exercer les deux recours, simultanément ou successivement.

Dans certaines circonstances exceptionnelles[810] qui permettent de prévoir que le débiteur principal est ou devient insolvable et que par conséquent, la caution devra payer, l'Acte uniforme accordé à celle-ci le droit d'agir contre le débiteur principal, même avant d'avoir payé[811] : c'est le recours avant paiement[812].

Cette disposition permet notamment à la caution d'un débiteur en redressement ou en liquidation judiciaire de déclarer sa créance à la procédure collective dans le cas où le créancier ne le ferait pas lui-même. Elle permet également à un dirigeant surtout n'ayant pas la qualité d'associé, s'étant porté caution de la société de réclamer le paiement à partir des premiers signes de défaillance de l'entreprise.

407. La faculté ainsi reconnue à la caution lui permettant de préserver son recours n'a pas pour effet d'assurer la survie de la créance.

Quoiqu'il en soit, la caution dispose le plus souvent d'un recours contre le débiteur principal lorsqu'il a exécuté l'obligation de ce dernier en cas d'appel du créancier. Il s'agit là de l'effet principal du contrat de cautionnement sur lequel il conviendrait de s'appesantir.

---

[809] PIETTE (G.), *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles*, *op.cit*., p. 54.

[810] - Dès que le paiement est poursuivi ;
- Lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements ou en déconfiture ;
- Lorsque le débiteur n'a pas déchargé la caution dans le délai convenu ;
- Lorsque la dette est devenue exigible par déchéance du terme sous lequel elle avait été contractée.

[811] Article 35 de l'AUS.

[812] Aucun fondement précis n'a pu être trouvé à ce recours et la doctrine demeure à cet effet partagé. Pour certains, le recours subrogatoire ne saurait être qualifié d'action en paiement ou en remboursement de la dette principale dans la mesure où la caution n'a pas encore payé. Plutôt que de payer entre les mains d'une caution qui n'a encore souffert d'un quelconque paiement, le débiteur gagnerait à rembourser directement au créancier. Ce recours avant paiement devrait alors être simplement qualifié d'action en paiement de la dette principale. Pour d'autres, ce recours permet d'obtenir un paiement anticipé de ce que le débiteur peut lui devoir à terme. Ils estiment que ce recours permettrait à coup sûr d'éviter que la situation de la caution ne s'aggrave et que son remboursement ne soit compromis par l'attente stipulé dans le contrat. Lire à cet effet, KALIEU ELONGO (Y. R.), « Cautionnement », préc., p. 513.

B. Les effets du cautionnement sur la caution

408. L'efficacité du cautionnement se manifeste à travers la mise en jeu de la garantie de la caution qui s'est engagée à payer au cas où le débiteur est défaillant[813]. C'est alors le créancier qui va en premier lieu éprouver cette efficacité dans la poursuite de la caution[814]. Toutefois, bien que le cautionnement soit réputé solidaire[815], les règles de cette poursuite différent à quelques exceptions près selon que le cautionnement est solidaire ou simple, cette faculté étant offerte aux parties par l'article 20, alinéa 2 de l'AUS. Aussi, la caution n'étant tenue de payer la dette du débiteur qu'en cas de défaillance de ce dernier[816], le créancier ne pourra aboutir dans ses poursuites que si les conditions d'exigibilité de la dette[817] et de défaillance du débiteur principal[818] sont réunies. Par ailleurs, le créancier ne peut poursuivre la caution, quelle soit simple (1) ou solidaire (2) qu'en appelant en cause le débiteur principal[819]. Aussi, lorsqu'il existe plusieurs cautions solidaires pour une même dette, la caution qui a payé dispose d'un recours contre les autres cautions pour leur demander de contribuer au paiement (3).

---

[813] ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA-SAYEGH (J.), YANKHOBA NDIAYE (I.) et SAMB (M.), *OHADA sûretés*, Coll. droit uniforme africain, PUA, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 27.

[814] *Idem*.

[815] Article 20, alinéa 1 de l'AUS.

[816] Article 23 de l'AUS.

[817] En vertu du caractère accessoire du cautionnement, la caution ne peut être poursuivie que si la dette contractée par le débiteur principal est arrivée à terme. La solution reste toutefois différente en cas de déchéance ou de prorogation du terme. Il ya déchéance au terme si la dette du débiteur principal doit être payée avant le terme convenu. En effet, l'article 23, alinéa 4 de l'AUS prévoit que la déchéance du terme accordée au débiteur principal ne s'étend pas automatiquement à la caution qui ne peut être requise de payer qu'à l'échéance convenue dans le contrat. Une telle mesure participe du caractère obligatoire du contrat ; les clauses contractuelles doivent être respectées. La déchéance du terme intervenant à cet effet comme une sanction qui frappe le débiteur, il serait injuste de faire supporter à la caution la faute du débiteur principal. C'est assurément la raison pour laquelle l'article 23, alinéa 4 in fine de l'AUS précise que la caution peut être frappée de déchéance du terme, si après mise en demeure, elle ne satisfait pas à ses obligations personnelles à l'échéance fixée. Elle aurait dans ce cas commis une faute. Lire à cet effet ANOUKAHA (F.), CISSE- NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA-SAYEGH (J.), YANKHOBA NDIAYE (I.) et SAMB (M.), *OHADA sûretés*, *op.cit*., p. 29 ; KALIEU ELONGO (Y. R.), « Cautionnement », préc., p. 509 et s.

[818] Elle se traduit par la prolongation de la date d'exigibilité de la dette. Aux termes de l'article 23 alinéa 3, la prorogation du terme accordée au débiteur principal par le créancier doit être notifiée par ce dernier à la caution. Celle-ci est en droit de refuser le bénéfice de cette prorogation et de poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement ou obtenir une garantie ou une mesure conservatoire. Contrairement à la déchéance du terme, la caution peut bénéficier de la prorogation du terme accordée au débiteur principal. Lire à cet effet KALIEU ELONGO (Y. R.), « Cautionnement », préc., p. 510.

[819] Article 26, alinéa 2 de l'AUS.

1. L'exécution de l'obligation par la caution simple

409. Dans la mise en œuvre des poursuites, la caution est tenue d'assurer le paiement intégral de la dette, aussi bien le principal, que ces accessoires[820]. La caution poursuivie est tenue de payer dans les termes de son engagement initial. Elle doit toutefois aviser le débiteur principal ou le mettre en cause, avant de payer la dette au créancier poursuivant[821]. En effet, le débiteur principal doit être informé des poursuites exercées contre la caution suite à sa défaillance afin qu'il sache qu'il sera éventuellement tenu au remboursement de ce que la caution aura payé[822]. La caution qui a manqué à cette obligation d'information peut perdre son recours contre lui.

410. Au lieu de payer, la caution poursuivie peut opposer aux créanciers deux bénéfices : le bénéfice de discussion et le bénéfice de division. Le bénéfice de discussion permet à la caution, sous forme d'une exception en réponse aux premières poursuites du créancier de contraindre ce dernier à discuter d'abord les biens du débiteur principal. Elle peut toutefois renoncer à ce bénéfice[823]. Il est à noter que le bénéfice ne joue pas de plein droit. Il doit être invoqué *in limine litis* c'est-à-dire dans les premières poursuites. Il doit l'être par la caution elle-même, le juge ne pouvant l'invoquer d'office. Aussi, la caution qui entend mettre en exergue son bénéfice de discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur susceptibles d'être saisis. Au cas contraire, ce bénéfice doit être refusé. Les biens du débiteur susceptibles d'être discutés doivent être saisissables. Ils doivent en outre se trouver sur le territoire national et être susceptibles de produire des deniers

---

[820] Sur le recours du créancier contre la caution, voir Cour d'appel de Ouagadougou (Burkina Faso), Chambre commerciale, arrêt n° 23 du 15 mai 2009, PAOLI Daniel Vincent et EBTPE c/ SGBB. Ohadata J-10-210 ; Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n° 061/08 du 26 mars 2008, SAVADOGO Wéfo Adama et GOUO Seydou c/ Banque internationale pour le commerce, l'industrie et l'agriculture du Burkina (BICIA-B). Ohadata J-09-379 ; Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n° 053/2005 du 16 février 2005, NIKIEMA Arouna c/ Programme National d'Appui à la Réinsertion des Travailleurs des Déflatés (PNAR-TD). Ohadata J-07-227 ; Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n° 470/2005 du 23 novembre 2005, SEBGO Moumouni c/ La Promotion de Développement Industriel, Artisanal et Agricole (PRODIA). Ohadata J-07-109 ; Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), jugement n° 106 du 18 avril 2007, Bank of Africa c/ BALIMA Lamoussa. Ohadata J-09-98 ; Tribunal de grande instance de Douala-Bonanjo, Ordonnance n° 251 du 29 juin 2006, affaire OMAIS KASSIM c/ La Société S.D.V. CAMEROUN SA, note Jean GATSI et Willy James NGOUE. Ohadata J-07-81 ; Cour d'appel d'Abidjan, 2ème Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 557 du 27 mai 2005, affaire : STE COTIVOIRIENNE D'EQUIPEMENT PAOLI c/ N-BIAO, Le Juris Ohada n° 1/ 2007, p. 41, Ohadata J-08-73 ; Tribunal de grande instance du Mfoundi, Jugement Civil n° 516 du 28 mai 2003, affaire Amougou Kono c/ BICEC. Ohadata J-08-111.

[821] Article 30, alinéa 1 de l'AUS.

[822] KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op.cit.*, p. 38.

[823] Article 27, alinéa 2 de l'AUS.

suffisants pour le paiement intégral de la dette[824]. La caution doit fournir les frais de la discussion afin de faciliter la saisie[825].

411. Cette faculté offerte à la caution simple ne doit pas apparaître comme un moyen dilatoire. C'est pourquoi elle est tenue de provoquer la discussion du patrimoine du débiteur en avançant les frais de procédure. Lorsque toutes les conditions sont réunies, le bénéfice de discussion fait obligation au créancier de supporter les conséquences de sa faute. À l'égard de la caution, il suspend les poursuites contre elle jusqu'à la fin de la procédure.

Le bénéfice de division quant à lui permet à la caution poursuivie d'obliger le créancier disposant par ailleurs de plusieurs cautions à ne la saisir que pour sa part dans la dette[826]. Elle suppose qu'il y ait plusieurs cautions pour un même débiteur. Il faut en outre qu'il n'y ait pas de solidarité entre elles. Ce bénéfice peut être invoqué en tout état de cause c'est-à-dire que la caution peut soulever l'exception de division tant que le jugement de condamnation n'a pas été rendu définitif[827].

Toutefois, ces deux bénéfices jouent rarement, car la plupart du temps, le cautionnement est solidaire et dans ce type de cautionnement, la caution n'a ni le bénéfice de discussion, ni le bénéfice de division.

Mais, en revanche, la caution qu'elle soit simple ou solidaire, peut opposer au créancier les exceptions dont aurait pu se prévaloir le débiteur principal. Elle peut également demander la résolution du contrat principal si le créancier n'a pas exécuté ses propres obligations. Reste alors à envisager les règles propres à l'exécution de l'obligation par la caution solidaire.

2. L'exécution de l'obligation par la caution solidaire

412. Le cautionnement solidaire[828] ajoute aux effets du cautionnement celle de la solidarité. Celle-ci s'entend d'une modalité conventionnelle ou légale d'une obligation plurale, qui en empêche la division. Par l'effet de la solidarité, les poursuites de la

[824] Article 27, alinéa 2 de l'AUS.
[825] Article 27, alinéa 3 de l'AUS.
[826] Article 28, alinéa de l'AUS.
[827] KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op.cit.*, p. 41.
[828] Il convient de noter que les conditions d'exercice des poursuites du créancier envisagées dans le cadre de l'exécution de l'obligation par la caution simple s'appliquent également à la caution solidaire.

caution se trouvent simplifiées à travers l'idée de représentation mutuelle qui se dégage de cette modalité de l'obligation, et par la disparition des bénéfices de discussion et de division. Trois hypothèses de cautionnement solidaires sont concevables à cet effet.

La première hypothèse concerne la solidarité entre le débiteur principal et la caution qui ne saurait de ce fait opposer au créancier les bénéfices de division et de discussion.

La deuxième hypothèse concerne la solidarité entre le débiteur et les cautions et entre les cautions. Dans ce cas, le créancier bénéficie des effets principaux et secondaires de la solidarité. Il pourra ainsi obtenir un paiement intégral de la caution sans que celle-ci ne puisse opposer le bénéfice de discussion ni le bénéfice de division. La caution pourra quant à elle, se prévaloir vis-à-vis du créancier de toutes les exceptions qui ne sont pas purement personnelles au débiteur. Par ailleurs, la mise en demeure, l'interruption de la prescription et l'autorité de chose jugée jouant à l'égard de la caution ou du débiteur valent à l'égard des deux.

La troisième hypothèse quant à elle est relative à la solidarité entre le débiteur et les cautions mais pas entre les cautions. Une telle hypothèse apparaît lorsque plusieurs cautionnements solidaires ont été donnés et que chaque caution garantit seulement une fraction de la dette principale. Dans ce cas, les cautions solidaires, en ce qui concerne la fraction de la dette dont l'engagement a été souscrit, ne peuvent opposer au créancier ni le bénéfice de discussion ni celui de division puisque leur situation s'assimile à celle des cautions ayant garanti au profit d'un même créancier les dettes distincts du même débiteur[829].

3. Le recours de la caution solvens contre les cofidéjusseurs

413. La réaction de la caution solvens peut dépasser le cercle du débiteur principal. Elle peut être amenée à exercer un recours contre d'autres garants lorsque ces derniers se sont portés cautions envers un même créancier pour une même dette[830]. Ce recours trouve son fondement dans l'article 34 de l'AUS qui dispose que : « *Lorsqu'il existe plusieurs cautions simples ou solidaires pour une même dette, si l'une des cautions a utilement*

[829]MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (I.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.), *Lamy sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 972.
[830] ANOUKAHA (F.), CISSE- NIANG (A.), FOLI(M.), ISSA- SAYEGH (J.), YANKHOBA NDIAYE (I.) et SAMB (M.), *OHADA sûretés*, *op. cit*., p. 37.

acquitté la dette, elle a un recours contre les autres cautions, chacune pour sa part ». Il ressort de cet article, que ce recours pouvant exercer la caution est soumis à certaines conditions sans lesquelles il ne saurait produire ses effets.

Relativement aux conditions d'exercice du recours, il faut que la caution ait utilement acquitté la dette du débiteur. C'est dire qu'il n'y aurait pas paiement utile toutes les fois que la caution a payé une dette avant l'échéance fixé dans le contrat. Il en est de même lorsque la caution a payé sans informer le débiteur principal alors qui s'était déjà acquitté de l'obligation[831]. De plus, le paiement doit être effectif et libératoire. Il peut toutefois être partiel. Enfin, la caution qui a payé doit informer les autres cautions du paiement effectué par elle au créancier.

Pour ce qui est des effets d'un tel recours, il est à noter qu'il prend la forme d'un recours subrogatoire ou d'un recours personnel. La caution poursuivante dispose donc de deux recours. Tout d'abord, elle est subrogée dans les droits du créancier qu'elle a payé et bénéficie pour son recours contre les autres cautions, des sûretés qu'avait ce créancier. D'autre part, elle dispose d'une action personnelle pour demander à chacun de ses cofidéjusseurs de contribuer au paiement de la dette pour sa part ou fraction.

414. Lorsque la caution exerce son recours subrogatoire, elle doit diviser son action et garder à sa charge une fraction de la dette. Ce recours présente l'avantage de permettre à la caution de bénéficier des sûretés qui garantissaient le droit du créancier contre les cofidéjusseurs.

Le recours personnel permet à la caution *solvens* d'obtenir en plus du principal, les frais et accessoires, le paiement éventuel des dommages intérêts.

Dans tous les cas, la caution qui a payé dispose du droit d'exercer les deux actions et de cumuler les avantages qu'elles présentent. Elle peut les utiliser contre toutes les cautions simples ou solidaires, personnelles ou réelles. En revanche, elle ne peut réclamer à chacune qu'une fraction de la dette[832].

[831] KALIEU ELONGO (Y. R.), « Cautionnement », préc., p. 514.

[832] Le but de l'action est de faire supporter à chacune des cautions sa part dans la dette. Après avoir déduit sa part contributive, la caution doit diviser les poursuites. Toutefois, l'insolvabilité de l'une des cautions doit être supportée par toutes les cautions solvens conformément au droit commun des obligations. Lire à cet effet KALIEU ELONGO (Y. R.), « Cautionnement », préc., p. 514.

Qu'elle soit simple ou solidaire, la caution peut se prévaloir d'une faute du créancier afin de ne pas exécuter l'obligation à l'échéance[833]. C'est dire que le cautionnement produit les effets sur le créancier qui est tenu de certaines obligations pouvant en cas d'inobservation entraîner sa responsabilité[834].

C. Les effets du cautionnement sur le créancier

415. Les effets du cautionnement sur le créancier sont relatifs à l'obligation d'informer la caution et à l'éventuelle responsabilité qui pourra résulter de ses rapports avec cette dernière. Il convient toutefois de noter que la vie du cautionnement est influencée par la qualité de dirigeant de la caution mais de façon variable, qu'il s'agisse de l'information due à la caution par le créancier (1) ou de la responsabilité de ce dernier (2).

1. L'obligation d'information de la caution

416. Conformément au droit commun des contrats, la loyauté et la bonne foi doivent exister tant lors de la formation que lors de l'exécution du contrat de cautionnement. Toutefois, s'il est vrai que ces principes doivent régir le contrat, il n'en demeure pas moins qu'ils n'exigent aucunement du créancier qu'il donne à la caution qui s'engage des informations sur l'état du débiteur[835]. C'est assurément fort de cela que le législateur OHADA a, afin de protéger la caution, mis à la charge du créancier une obligation d'information en l'assortant d'une sanction en cas d'inobservation[836]. La nécessité d'une bonne information est d'autant plus grande que la caution s'oblige à payer une dette qui n'est pas la sienne[837].

---

[833] ARLIE (D.), « La négligence du prêteur, la règle de l'accessoire attachée au cautionnement et la libération de la caution », *Les Petites Affiches*, n°197, 3 oct. 2001, p. 5 ; CHEMIN-BOMBEN (D.), « Devoir de mise en garde du banquier : un arrêt ça va, trois…bonjour les débats », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°8, sept. 2006, p.34 ; GALVADA (C.), « Les établissements de crédit et le devoir annuel d'information des cautions », note sous Cass. Com., 25 janvier 1993, Société bordelaise et crédit industriel et commercial C/ M. et Mme BONNEMAZON, *Les Petites Affiches*, n°87, 21 juillet 1993, p.7.

[834] COURTIER (J.-L), « La caution et l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985 », *Les Petites Affiches*, n°116, 25 septembre 1992, p.13.

[835] KALIEU (Y. R.), *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, Thèse de Doctorat, Montpellier I, 1995, p. 123.

[836] Article 24 de l'AUS.

[837] SIMLER (P.), « L'information de la caution », in LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et STORCK (M.) (dir.), *Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques*, Dalloz, 2012, p. 67 ; MIGNOT (M.), « Le devoir de mise en garde de

417. Durant la période de couverture fournie par la caution, le créancier est tenu à l'égard de celle-ci d'une obligation d'information. Il peut s'agir d'une information sur l'évolution de la dette garantie [838] ou sur la défaillance du débiteur principal[839].

Aux termes de l'article 24, alinéa 1 de l'AUS, « *dans le mois de la mise en demeure de payer adressée au débiteur principal et restée sans effet, le créancier doit informer la caution de la défaillance du débiteur principal en lui indiquant le montant restant dû par ce dernier en principal, intérêts et autres accessoires à la date de cet incident de paiement* ». L'alinéa 2 du même article prévoit qu' « *à défaut, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de cet incident et la date à laquelle elle en a été informée* ». Cet article impose donc au créancier ayant accordé un concours financier à un débiteur personne physique ou morale, sous la condition du cautionnement d'une personne physique ou morale d'informer celle-ci du montant du principal, des intérêts, et autres accessoires dès lors que le débiteur s'avère défaillant. S'il manque à cette obligation, le créancier encourt la déchéance des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la date de cet incident jusqu'à la date de communication de cette information.

418. Outre la déchéance du droit de réclamer les intérêts, le créancier encourt la perte de son recours contre la caution s'il s'avère qu'il a mis cette dernière dans l'impossibilité de bénéficier de la subrogation dans les conditions de l'article 29, alinéa 2 de l'AUS.

Le banquier qui accorde son soutien à une entreprise sous la condition d'un cautionnement a non seulement l'obligation d'informer la caution sur la défaillance du débiteur principal, mais aussi et surtout, l'obligation de l'informer sur l'évolution de la dette garantie. Une telle exigence trouve davantage son fondement lorsque la caution garantit les dettes futures du débiteur principal. Elle doit d'ailleurs être respectée jusqu'à l'extinction de la dette. Dès lors, il convient de se poser la question de savoir si le

---

l'emprunteur et de sa caution : devoir d'informer, de conseiller ou de s'abstenir de contracter ? » in LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et STORCK (M.) (dir.), *Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques*, *op. cit.*, p. 86 ; LEGEAIS (D.), « Responsabilité du banquier : devoir de mise en garde en présence d'un montage financier », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 5, septembre 2011 ; CREDOT (F.), « De quel manquement au devoir de mise en garde la caution peut-elle se prévaloir ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 37, 16 septembre 2010, p. 44.

[838] Article 25 de l'AUS.

[839] Article 24 de l'AUS.

créancier reste astreint à cette obligation quand bien même la caution à la qualité de dirigeant de la personne morale débitrice.

419. La doctrine est à ce sujet partagée. Se fondant sur la jurisprudence[840], certains auteurs[841] estiment que par souci de transparence, l'obligation d'information s'impose au créancier même lorsque le cautionnement a été souscrit par le dirigeant de la société ayant bénéficié du concours financier.

D'autres[842] par contre soutiennent qu'une obligation générale d'information ne saurait être imposée au créancier bénéficiaire du cautionnement du dirigeant de la société débitrice. Ils pensent que même s'il fallait imposer une obligation d'information au créancier dans cette hypothèse, seule celle portant sur le montant principal et les intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir à titre de l'obligation cautionnée devrait être exigée parce qu'il s'agit des éléments ignorés du dirigeant caution ; ce qui se justifie moins encore. Ils estiment que, l'information portant sur la défaillance de la société ne saurait être imposée au créancier à partir du moment où la caution en raison de sa qualité de dirigeant de la société se trouve disposer d'une connaissance suffisante de la situation de la société cautionnée.

Nous ne saurons partager cette opinion réticence sur l'utilité de l'obligation générale d'information imposée au créancier bénéficiaire du cautionnement du dirigeant social. En effet, l'objectif de transparence commande qu'une telle exigence s'impose au créancier quelle que soit la qualité de la caution. De la sorte, la caution pourra-t-elle s'en prévaloir afin de rechercher la responsabilité du créancier.

2. La responsabilité du créancier

Les actes fautifs du créancier dans ses rapports avec la caution entraînent sa responsabilité civile. Plusieurs hypothèses justifiées par les obligations de loyauté de coopération et d'information peuvent être retenues à cet effet.

[840] Cass.com 25 mai 1993, société bordelaise de crédit industriel et commercial C/M et Mme BONNEMAZON. Obs, GALVADA (C.), *Les Petites Affiches*, 21 juillet 1993, n° 87, p. 7.
[841] GALVADA (C.) « Les établissements de crédit et le devoir annuel d'information des cautions », *préc*., p. 8.
[842] DEVEZE (J.), « Les dirigeants cautions », *JCP La Semaine Juridique*, n° 3, 2001, p. 29.

420. Les obligations de loyauté, de coopération et d'information sont fréquemment invoquées par la caution afin de se décharger de son obligation d'une part et engager la responsabilité du créancier d'autre part.

Relativement à l'obligation de loyauté, la caution peut engager la responsabilité du créancier qui lui aurait fautivement causé un préjudice en ne l'informant pas loyalement des risques importants qu'elle encourait dès l'origine au regard de la situation très difficile du débiteur principal[843]. Les conditions de mise en œuvre d'une telle responsabilité doivent toutefois être réunies. Conformément au droit commun, la caution doit d'abord établir la faute du créancier en se fondant sur les articles 1134, alinéa 3[844] et 2015 du C.civ..[845].

En ce qui concerne l'obligation de coopération, outre la décharge de la caution lorsque la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut plus s'opérer[846], la Loi fait obligation à ce dernier de supporter les conséquences de sa faute s'il s'abstient de poursuivre le débiteur quand bien même les conditions de discussion sont réunies[847].

Quant à l'obligation d'information, l'on pourrait s'interroger sur le point de savoir si la sanction spéciale prévue par l'Acte uniforme[848] ne se prolonge pas par l'éventuelle sanction générale, rattachée selon le droit commun de la responsabilité civile à l'obligation générale d'information.

421. Nous pensons qu'un cumul de sanctions serait nécessaire afin de renforcer l'efficacité d'une telle obligation. Toutefois, une telle mesure n'étant pas assez favorable au financement, la loi devra offrir aux parties la possibilité d'insérer les clauses limitatives de responsabilité afin d'atténuer les risques pouvant encourir les créanciers.

S'il est vrai que la caution qui a subi un préjudice dans ses rapports avec le créancier peut engager la responsabilité de ce dernier, il n'en demeure pas moins que la qualité de dirigeant de la caution fasse obstacle à sa prétention. Certes, nous partageons l'idée selon laquelle l'obligation générale d'information doit s'imposer au créancier

---

[843] Cass. Com 17 juin 1997, n° 95-14. 105, JCP, éd. E 1997 II, n° 1007, note LEGEAIS ; CA versailles, 12e ch, 17 septembre 1998, ROBIALLE C/SA BNP, *Bull Joly* 1999, p. 245, note COURET.
[844] Cet article prévoit que les conventions légalement formées doivent être exécutées de bonne foi.
[845] Aux termes de cet article, le cautionnement ne se présume pas, il doit être exprès et ne pas s'étendre au delà des limites dans lesquelles il a tété contracté.
[846] Article 29, alinéa 2 de l'AUS.
[847] KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op.cit.*, p. 40.
[848] Articles 24 et 25 de l'AUS.

quelque soit la qualité de la caution, mais nous pensons qu'en ce qui concerne la caution dirigeant, seule la sanction spéciale (déchéance d'intérêts) devra s'appliquer lorsque le créancier a manqué à cette obligation. C'est dire que le dirigeant de la société s'étant porté caution pour cette dernière n'est pas fondé à mettre en œuvre la responsabilité civile du créancier.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

422. Dans la recherche des financements, l'entreprise en difficultés peut recourir à ses membres qui, en fonction du degré de la difficulté, pourront également renoncer à l'exercice de leurs droits acquis, ou même se porter caution pour son compte afin de lui permettre d'obtenir un concours financier. C'est une conséquence non négligeable de la résistance individuelle qui consiste pour les associés, dirigeants et salariés à vouloir assurer la survie de l'entreprise.

Lorsqu'elle intervient la première, la résistance individuelle peut cristalliser les autres bonnes volontés désireuses de concourir au redressement de l'entreprise en difficultés. En effet, elle permettra à cette dernière d'obtenir des fonds lui permettant ne serait-ce que temporairement de renflouer ses caisses.

423. À travers la renonciation, l'entreprise en difficultés peut non seulement reconstituer ses fonds mais aussi et surtout diminuer son passif. Ce qui ne saurait être négligeable au regard de l'impact du passif sur la cessation des paiements. Seulement s'il est vrai que les associés, surtout lorsqu'ils sont indéfiniment et solidairement tenus des dettes sociales, ont grand intérêt à concourir à la survie de l'entreprise, il reste tout aussi vrai qu'un régime de faveur institué à l'égard des renonçants est ce qui permettra à cette technique de financement de contribuer efficacement au sauvetage des entreprises en difficultés.

424. Le cautionnement de l'entreprise en difficultés par ses dirigeants et associés constitue une technique de financement indirect. L'entreprise en difficultés ayant perdu sa crédibilité, il lui sera difficile d'obtenir un concours financier. Or, sans crédit, elle ne pourra sans doute pas maintenir son activité, et encore moins tenter un redressement. Malgré le privilège « *d'argent frais* » instauré en faveur des fournisseurs de crédit aux entreprises en difficultés, afin de les « *appâter* », les fournisseurs de crédit demeurent généralement réticents à apporter leurs concours aux entreprises en difficultés en l'absence de véritable garantie personnelle à même d'exécuter l'obligation à l'échéance au cas où l'entreprise bénéficiaire du crédit n'y satisfait pas elle-même. C'est dire l'importance du cautionnement dans le financement des entreprises en difficultés. Toutefois, afin de permettre à la technique de contribuer efficacement au sauvetage des

entreprises en difficultés, il conviendrait pour le législateur de concilier les intérêts de toutes les parties prenantes à l'opération de cautionnement.

CONCLUSION DU TITRE II

425. Le recours aux deniers des associés, des dirigeants et même des salariés est un procédé courant lorsque l'entreprise connaît des difficultés. Ce recours se présente sous plusieurs formes : augmentation de capital, apport en compte courant, renonciation à l'exercice d'un droit, cautionnement.

L'augmentation du capital par apports en numéraire ou apports en nature apporte les moyens nouveaux à l'entreprise qui en bénéficie et contribuent effectivement à son financement.

Les apports en compte courant que réalisent les associés peuvent être assimilés à des prêts qu'ils accordent à l'entreprise. De même, ces apports peuvent faciliter l'octroi du financement car certaines banques exigent qu'ils soient donnés en garantie des crédits qu'elles entendent octroyer aux entreprises en difficultés. La technique est d'ailleurs fréquemment utilisée en raison de ses nombreux avantages financiers.

La renonciation par les associés, dirigeants et salariés à l'exercice de leurs droits acquis permet à l'entreprise non seulement de reconstituer ses fonds, mais aussi de diminuer son passif.

Le cautionnement, à partir du moment où l'entreprise en difficultés a un problème de crédibilité vis-à-vis des tiers dont il doit solliciter les concours financiers, permet à l'entreprise d'obtenir des financements externes afin de pérenniser son exploitation.

Ces différentes techniques de financement peuvent donc efficacement concourir au redressement de l'entreprise en difficultés. Toutefois, le législateur OHADA gagnerait à conforter le rôle de ces différents membres de la société dans le financement des entreprises en difficultés. Car, hormis en matière de sanctions, les dirigeants et associés d'une entreprise en difficultés n'apparaissent toujours pas comme des acteurs centraux dans les procédures de sauvetage. Le droit des procédures collectives ne s'intéresse guère aux associés. Ce comportement législatif paraît contestable étant donné que ces derniers ont un intérêt certain à la bonne marche de la société et constituent de véritables maîtres de l'affaire.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

426. La première source de financement pour une entreprise en difficultés est le financement interne issu de ses moyens propres ou de ses membres.

L'entreprise en difficultés peut obtenir des ressources en cédant la totalité ou une partie de ses actifs ou en donnant son fonds en location-gérance. Elle peut également recourir à ses membres qui pourront contribuer à son financement à travers les techniques tels que les avances en compte courant, l'augmentation du capital, le cautionnement et la renonciation à l'exercice d'un droit.

Ces différentes techniques de financement interne qui s'avèrent pourtant efficaces ne sont pas largement prises en compte par le législateur des procédures collectives qui, dans le privilège « d'argent frais » institué, ne fait allusion qu'aux tiers ayant apporté un concours financier à l'entreprise postérieurement à ses difficultés. Or, une telle règle instituée en faveur des membres de la société ayant contribué à son redressement aura pour effet de les inciter davantage à concourir efficacement au financement des entreprises en difficultés. Ce qui sera bénéfique pour ces dernières au regard des difficultés d'obtention des financements externes.

DEUXIÈME PARTIE

LE FINANCEMENT EXTERNE: MOYEN DE FINANCEMENT LARGEMENT ENCADRÉ ET LIMITÉ DANS SA MISE EN ŒUVRE

427. Le financement des entreprises en difficultés peut revêtir une grande importance face aux besoins de plus en plus importants qu'elles éprouvent. Il nécessite à cet effet un apport important de capitaux extérieurs car d'une part, même lorsqu'ils existent, les moyens propres des entreprises ne leur permettent pas de faire face à leurs besoins financiers et d'autre part, les associés et dirigeants sont le plus souvent incapables d'apporter les fonds nécessaires à leur survie. Le recours à l'extérieur apparaît donc inéluctable en cas d'insuffisance des sources internes de financement.

Bien qu'étant considéré comme la seconde source de financement des entreprises, le financement externe s'avère davantage intéressant lorsque l'entreprise connaît des difficultés. C'est sans doute fort de cela que le législateur OHADA, soucieux du financement des entreprises en difficultés a institué[849]en faveur des créanciers ayant apporté un concours financier à l'entreprise postérieurement à ses difficultés, un privilège mobilier et immobilier garantissant le paiement de leurs créances.

Ce privilège accordé aux personnes ayant financé une entreprise en difficultés, a une finalité précise. Pour les besoins de son redressement, l'entreprise doit pouvoir se procurer du crédit[850]. Sinon elle ne pourra surmonter ses difficultés parce qu'elle est en cessation des paiements ou en situation difficile passagère. Or, ayant perdu sa crédibilité, ses nouveaux partenaires n'accepteront de lui faire confiance que s'ils ont la certitude d'être payés. Il a donc fallu favoriser le financement des entreprises en difficultés en incitant leurs différents partenaires à leur faire crédit[851].

428. Toutefois, malgré ce traitement privilégié réservé aux partenaires financiers des entreprises en difficultés, l'on observe en pratique une limitation des financements externes. Les raisons de cette limitation qu'il conviendrait d'envisager, varient en fonction du type de financement. L'entreprise peut toutefois s'en servir afin de surmonter ses difficultés.

---

[849] L'adoption d'une telle disposition pouvait s'appuyer sur le fait qu'à défaut de privilège, les créanciers postérieurs n'auraient jamais accordé leur crédit à l'entreprise en difficultés. Ce n'est pas l'empire de la générosité, c'est la loi de la nécessité qui inspire les articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP. Ces articles constituent avec l'article 177 du nouvel AUPCAP la pièce essentielle de la dynamique du redressement, à défaut de la quelle pourrait échouer toute tentative de sauvetage de l'entreprise. Voir SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit*., p. 336.

[850] VALLENS (J.-L.), « Le sort des crédits octroyés aux entreprises en cas de procédures collectives », *préc*., p.107.

[851] FAVARIO (T.), « De l'attractivité du droit des entreprises en difficulté », *Revue des Procédures Collectives*, n°4, juillet 2009, p. 209 ; PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), « Le financement des entreprises dans le nouveau Code des activités économiques », *Les Petites Affiches*, n° 180, 07 septembre 2007, p. 3.

Dans la quête du financement externe, l'entreprise peut recourir aux banques ou aux autres partenaires financiers. C'est dire que le financement bancaire (TITRE I) constitue avec le financement extra-bancaire (TITRE II) les deux composantes du financement externe sur lesquelles il conviendrait de s'appesantir.

TITRE I

LE FINANCEMENT BANCAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS

429. Le banquier joue un rôle important à toutes les étapes de la vie de l'entreprise : lors de sa création, au cours de son fonctionnement et surtout au moment des difficultés[852]. Dans ce dernier cas, l'intervention du banquier paraît nécessaire et même indispensable au sauvetage de l'entreprise en situation non désespérée[853].

Le financement des entreprises en difficultés par le crédit bancaire[854] est indispensable à la survie de celles-ci car « *le crédit c'est l'oxygène de l'entreprise, et son épuisement entraîne inéluctablement la mort de celle-ci* »[855]. Le financement est donc au cœur des relations banques-entreprises. Aucune activité sérieuse ne peut d'ailleurs prospérer de nos jours sans le concours du banquier[856]. Le plus souvent, l'entreprise en difficultés commence à s'adresser à une banque pour demander l'octroi ou le renouvellement d'un prêt d'un montant suffisant pour passer l'échéance difficile[857]. Le banquier est donc sur le plan externe, la première personne à qui incombe la difficile mission de fournir des financements afin que les entreprises puissent surmonter leurs

[852] SAWADOGO (F.M.), OHADA, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit*., p.50 ; MATHIEU (M.), « La participation du banquier au règlement amiable des difficultés des entreprises », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 46, 13 novembre 1986, p. 450.

[853] L'accès des entreprises aux sources de financement de marché et aux sources alternatives de financement par l'endettement fait que la majorité des entreprises dépendent toujours des banques.

[854] Le règlement COBAC R-2009/02 du 1er avril 2009 portant fixation des catégories d'établissement de crédit prévoit deux catégories d'établissement bancaires à savoir les banques universelles et les banques spécialisées. La banque universelle est désormais l'établissement bancaire et même de crédit de droit commun. Jusqu'à la conception extensive des établissements de crédit, la pratique du crédit relevait du seul domaine des banques. Voir à cet effet KALIEU ELONGO (Y.R.), « Un pas de plus vers l'uniformisation de la législation bancaire CEMAC : les règlements COBAC R-2009/01 portant fixation du capital social minimum des établissements de crédit, fixation des catégories d'établissements de crédit, leur forme juridique et des activités autorisées », préc., pp. 5-20.

[855] MARTINEAU-BOURGNINAUD, « Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, n° 20, chron. pp. 1358 et s.

[856] GATSI (J.), « Le recouvrement des créances bancaires en droit OHADA », in *L'effectivité du droit de l'OHADA*, *op. cit*., p. 130.

[857] GUYON (Y.), *Droit des affaires, Tome2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire-faillite, op.cit*., p. 79.

difficultés[858]. Il est à travers sa fonction de distribution de crédit, le partenaire incontournable des entreprises.

Les prêts consentis aux entreprises en difficultés peuvent provenir des contrats en cours ou des contrats nouveaux. Ils permettent à ces derniers de surmonter leurs difficultés tout en leur conférant une certaine solvabilité.

430. Financer une entreprise en difficultés dans le souci de son redressement est une initiative louable et même à encourager. C'est assurément la raison pour laquelle en précisant les mesures ou conditions qui doivent figurer dans l'offre de concordat, le législateur OHADA fait allusion aux modalités du maintien et du financement de l'entreprise tout en accordant un traitement privilégié aux personnes ayant apporté un concours financier à une entreprise en difficultés[859]. De plus, quand bien même il a traité avec l'entreprise antérieurement à ses difficultés, le banquier n'est pas astreint à toutes les exigences inhérentes aux procédures collectives[860]. Un traitement incitateur lui est réservé si l'on excepte le risque de responsabilité qu'il encourt (CHAPITRE II). Mais, au regard des contraintes inhérentes à l'activité bancaire d'une part et aux procédures collectives d'autre part, l'on observe une restriction des crédits bancaires dans le renflouement financier des entreprises en difficultés[861] (CHAPITRE I).

[858] CAPOEN (A.-L.), *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficultés*, *op. cit*., p. 8 ; VIGNERON (L.), *Conditions de financement de la PME et relations bancaires*, Thèse de Doctorat, Université de Lille 2, novembre 2008, p. 5.

[859] ROUSSEL-GALLE (P.), « OHADA et difficultés des entreprises. Etudes critiques des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif (I[e] partie) », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 2001, p. 12 ; BOUTHINON-DUMAS (V.), « Le banquier face à l'entreprise en difficulté », *Revue Banque*, éd. 2008.

[860] Le banquier créancier antérieur est exempté des inopposabilités de la période suspecte en ce sens que certains paiements reçus pendant cette période sont valables (article 68, 3° et 4° du nouvel AUPCAP), de même qu'il peut constituer des sûretés réelles pour la garantie des dettes antérieures. De plus, le banquier n'est pas concerné par l'arrêt du cours des intérêts (article 77 du nouvel AUPCAP) et peut même exercer les poursuites contre le débiteur pendant la procédure en fonction de la garantie exigée au moment de l'octroi du crédit. C'est ainsi que le banquier compensateur, revendiquant, gagiste, rétenteur, hypothécaire et même bénéficiaire d'une caution pourra être désintéressé pendant la procédure bien qu'étant créancier antérieur.

[861] TEBOUL (G.), « Faut-il couper l'entreprise en difficulté de l'accès au crédit ? », *Les Petites Affiches*, n° 128, 26 juin 2008, p.6.

CHAPITRE 1

LE CARACTÈRE RESTRICTIF DU FINANCEMENT BANCAIRE

431. L'ouverture d'une procédure collective contre une entreprise n'est pas de nature à compromettre le crédit de cette dernière. Si le banquier doit parfois s'abstenir de financer les entreprises dont la situation est désespérée, il peut par contre financer les entreprises susceptibles de sauvetage lorsque les mesures sérieuses ont été prises dans ce sens[862]. Ces dernières ont véritablement besoin d'un financement afin de surmonter leurs difficultés.

Toutefois, quand bien même il consent le crédit à une entreprise en difficultés, le banquier se montre méfiant à l'égard de cette dernière. On assiste d'ailleurs à un resserrement du crédit. La difficulté de l'entreprise a la particularité d'entraîner une perte partielle de confiance. Le banquier ne fera donc plus tellement confiance à l'entreprise en difficultés ce qui aura pour conséquence de restreindre le crédit octroyé [863]. Outre cette perte de confiance, plusieurs autres raisons soutendent la restriction des crédits bancaires aux entreprises en difficultés. Il conviendrait donc de les envisager (SECTION I) avant de voir les techniques bancaires à même de contribuer au renflouement financier des entreprises en difficultés (SECTION II).

[862] RIVES–LANGE (J.-L.) : « Les banquiers et les plans de redressement », *Les Petites Affiches*, n°88, 24 juillet 1991, p. 43 ; MATTOUT (J.P.), « L'expérience du banquier dans les restructurations négociées », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1999, p.155 ; BOUCHERY (D.), « Restructurations financières », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, Entreprises en difficulté, *in* Nouvel Essai, Colloque Doit et Commerce, Deauville 3-4 août 2004, p. 108.

[863] Mais les conséquences d'une telle restriction risquent d'être plus graves pour les entreprises qui sont bien plus dépendantes du crédit bancaire.

SECTION I. LES RAISONS DE LA RESTRICTION DU FINANCEMENT BANCAIRE

432. Les raisons de la restriction du crédit aux entreprises en difficultés sont nombreuses. Interrogés sur la question, certains banquiers mettent en exergue les contraintes réglementaires[864] (§1) et le caractère impératif des garanties dans l'octroi du crédit (§2).

§1. Les contraintes réglementaires

433. Les contraintes réglementaires inhérentes à l'exercice de la profession bancaire ainsi que celles découlant des procédures collectives constituent les principales justifications de la restriction du crédit bancaire aux entreprises en difficultés[865]. Il ressort en effet de la réglementation bancaire que, les banques dans l'octroi du crédit aux entreprises doivent non seulement respecter les normes prudentielles édictées (A), mais aussi et surtout s'abstenir de soutenir ou de rompre abusivement le crédit sous peine de voir leur responsabilité retenue (B). De plus, les exigences liées aux procédures collectives telles que les délais imposés aux créanciers antérieurs de l'entreprise en vue du redressement de cette dernière (C) ne sauraient favoriser le financement des entreprises en difficultés.

[864] La nécessité de protection de la clientèle bancaire a conduit les législateurs à définir et réglementer l'activité bancaire. JEMALI (M.), *Les établissements de paiement. Un nouvel acteur dans le système bancaire*, Thèse de Doctorat, Université de Nice Sophia Antipolis, janvier 2014, p. 4.

[865] Certes après l'avènement des commissions bancaires, un Fonds de Garantie des dépôts en Afrique Centrale (FOGADAC) a vu le jour le 31 mars 2004 ainsi qu'un nouveau règlement le 20 avril 2009. Mais l'intervention préventive du FOGADAC visant à protéger les établissements de crédit contre les défaillances naissantes se veut timide et vouée à l'échec du moment où elle est facultative. Pourtant, un examen du texte portant création du FOGADAC laisse apparaître que le fonds de garantie des dépôts est un instrument financier permettant aux banques de prendre des risques dans les conditions de plus grande sécurité financière. Lire dans ce sens, FEUDJIO (P.H.), Le fonds de garantie des dépôts en Afrique Centrale et le traitement des défaillances des établissements de crédit, Thèse de Master, Université de Dschang, FSJP, pp.6 et s.

A. L'édiction des normes de gestion

434. Les règles prudentielles de gestion des établissements de crédit cessent d'être de simples variables de la gestion pour devenir de véritables prescriptions réglementaires[866]. Dans l'octroi du crédit aux entreprises, les établissements de crédit sont tenus de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants et, plus généralement des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière[867]. Pour prévenir les dangers de leurs propres insolvabilités, les banques sont tenues de maintenir un certain pourcentage de fonds propres en relation avec les risques afférents aux crédits qu'elles accordent aux entreprises[868]. L'observation de ces normes est contrôlée et, le cas échéant, sanctionnée par la Commission Bancaire de l'Afrique Centrale (COBAC). Ce contrôle à pour but d'abord de protéger les déposants qui confient leurs capitaux aux banques[869], ensuite d'assurer la direction du crédit en donnant à l'économie les capitaux qui lui sont nécessaires et, enfin de maintenir l'équilibre entre l'épargne et l'investissement. Les banques doivent donc respecter les normes prudentielles édictées (1) ; ce qui aura comme conséquence de restreindre le crédit devant être octroyé à l'entreprise en difficultés (2).

1. Les normes prudentielles imposées aux établissements de crédit

435. Plusieurs normes sont imposées aux établissements de crédit par la Commission Bancaire[870]. Mais, seules retiendront notre attention ici les normes de solvabilité, de liquidité et d'équilibre.

---

[866] KENGNE FOTSO (F.), *Le particularisme des établissements de crédit de la CEMAC au regard du droit des sociétés commerciales*, *op.cit.*, p. 77 ; DEWATRIPONT (M.) et TIROLE (J.), *La réglementation prudentielle des banques Conférence Walras – Pareto*, Décembre 1992, Ecole des études commerciales Lausanne, éd. Payot, Lausanne, Septembre 1999, p. 5.

[867] GALVADA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire*, *op. cit.*, p .97.

[868] LEFEBVRE (F.), *Relations entreprises banques*, éd.-Francis LEFEBVRE, 31 mars 2003, p. 287 ; KENMOGNE SIMO (A.), *La protection des établissements bancaires contre la défaillance en Afrique noire francophone*, Thèse de Doctorat, Université de Yaoundé II-Soa, 2003-2004, p. 94-95.

[869] Sur la protection des déposants, lire SUNKAM KAMDEM (A.), *La protection des déposants en droit bancaire camerounais*, Mémoire de DEA, Université de douala, 2003-2004.

[870] La réglementation en vigueur en prévoit neuf à savoir le ratio de solvabilité (Règlement COBAC R-93/02 relatif aux fonds propres nets des établissements de crédit modifié par le Règlement R-2001/01), de division des risques (Règlement COBAC R-2010/02 relatif à la division des risques des établissements de crédit), de couverture des risques (Règlement COBAC R-2010/01 relatif à la couverture des risques des établissements de crédit), de couverture des immobilisations (Règlement COBAC R-93/05 relatif à la couverture des immobilisations des établissements de crédit modifié par le Règlement COBAC R-2001/06), de liquidité (Règlement COBAC R-93/06 du 19 avril 1993 relatif à la liquidité des établissements de crédit modifié par le Règlement COBAC R-94/01du 16

La mise en œuvre de cette réglementation est subordonnée à une normalisation de la comptabilité bancaire et tout spécialement, à une définition précise des fonds propres. En effet, tout le dispositif de contrôle prudentiel est fondé sur la relation entre les engagements de l'établissement de crédit et le montant de ses fonds propres. Au plan communautaire, l'harmonisation de la définition des fonds propres est indispensable à la fois pour garantir la sécurité du système bancaire de la CEMAC et pour éviter les distorsions de concurrence car les contraintes en matière de fonds propres c'est-à-dire les normes de solvabilité, de liquidité et d'équilibre ont une incidence sur la rentabilité et même la « *santé* » des établissements de crédit[871].

436. La solvabilité est l'aptitude d'un établissement de crédit à faire face en toute circonstance à ses engagements au moyen de ses fonds propres[872]. À travers la norme de solvabilité, la Commission bancaire veille à ce que les établissements de crédit ne s'engagent pas de manière inconsidérée. Elle leur fait obligation de justifier en permanence que leurs ressources propres nettes couvrent au minimum 5% de l'ensemble de leurs encours d'engagement y compris ceux bénéficiant aux États. Par conséquent, les établissements de crédit sont tenus de respecter un rapport minimum entre le montant de leurs fonds propres et celui de l'ensemble des risques qu'ils encourent du fait de leurs opérations, chacun étant affecté d'un coefficient pondérateur.

Ce ratio revêt une importance particulière. Reconnu internationalement, il est aux yeux des marchés la principale référence pour l'appréciation de la situation d'un établissement de crédit[873].

437. Relativement à la liquidité, elle est la capacité d'un établissement de crédit à honorer ses engagements à vue et à très court terme[874]. Aux termes de l'art. 1er du

---

décembre 1994), de transformation à long terme (Règlement COBAC R-93/07 relatif à la transformation réalisée par les établissements de crédit), de limitation des concours octroyés aux actionnaires, associés, administrateurs, dirigeants et personnel (Règlement COBAC R-93/13 relatif aux engagements des établissements de crédit en faveur de leurs actionnaires ou associés, administrateurs, dirigeants et personnels modifié par le Règlement COBAC R-2001/05), le plafonnement des prises de participation (Règlement COBAC R-93/11 relatif aux participations d'établissements de crédit dans le capital des entreprises) et la structure du portefeuille-crédit (Règlement COBAC R-96/01 du 4juin 1996 relatif à la structure du portefeuille-crédit des établissements de crédit).

[871] ROUGER (M.), *Les critères de défaillance d'une banque*, Colloque de Deauville organisé les 8 et 9 juin 1996 par l'Association Droit et Commerce, *Revue de Jurisprudence Commerciale*, Numéro spécial, La défaillance d'une banque, p. 8.

[872] Le risque d'insolvabilité vient de ce que la banque tombe en faillite et ne puisse plus remettre l'argent de ses déposants.

[873] GALVADA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire*, *op.cit*, p.99.

Règlement COBAC R-93/06 du 19 avril 1993 relatif à la liquidité des établissements de crédit modifié par le Règlement COBAC R-94/01du 16 décembre 1994, *« Les établissements de crédit (…) sont tenus de respecter un rapport minimum entre leurs disponibilités et leurs exigibilité à moins d'un mois, dit « rapport de liquidité »»*. Le ratio de liquidité est donc le rapport entre les disponibilités et les concours dont l'échéance est à court terme, d'une part et les exigibilités à court terme d'autre part. Il a pour but de prévenir le risque d'illiquidité qui surviendrait au cas où tous les déposants demanderaient le remboursement immédiat de leurs avoirs. Le coefficient de liquidité fixé par la COBAC permet de renforcer la bonne trésorerie des établissements de crédit. C'est un élément indispensable à sa sécurité de ces derniers. Il contraint les banques à maintenir un rapport minimal entre le montant de leurs avoirs liquides et certains de leurs engagements à court terme et exprime l'aptitude de ces dernières à rembourser à tout moment à l'aide de ses actifs les engagements à court terme qu'elles ont contracté.

Plus concrètement, le coefficient de liquidité fait obligation aux établissements de crédit de justifier de manière constante des ressources immédiatement disponibles et susceptibles de couvrir au moins l'intégralité de leur dette à échoir dans un délai maximum d'un mois (art. 1**er** Règlement COBAC R-93/06 précité). Il doit donc être, à tout moment, égal à 100% au moins[875].

438. En ce qui concerne la norme d'équilibre, elle englobe les normes de couverture et de division des risques.

Sur le plan comptable, tout crédit accordé par une banque à ses clients constitue un risque en ce sens qu'il est possible que le crédit ne soit pas remboursé, ou ne le soit pas dans les délais. Les banques sont, à cet effet, tenues de respecter en permanence le ratio de couverture de risque. Il est le rapport entre le montant de leurs fonds propres nets et celui de l'ensemble des risques de crédit qu'elles encourent du fait de leurs opérations avec la clientèle. Ces fonds propres nets sont déterminés conformément au Règlement

---

[874] Un établissement bancaire est dit liquide s'il dispose des fonds permettant de couvrir ses exigibilités suivant une échéance généralement inférieure à trois mois. DOUMBIA (S.), *La zone CFA : le choc de la dévaluation et analyse des nouvelles orientations de la politique économique*, Thèse de Doctorat, Université de Grenoble, décembre 2010, p. 220.

[875] Le calcul est, toutefois compliqué du fait que, par prudence, les éléments du numérateur et du dénominateur ne sont pris en compte que pour une certaine quotité (de 5 à 100%). Les établissements de crédit sont, en outre, tenus de calculer pour les périodes à venir, trois ratios d'observation rendant compte de leur situation prévisionnelle de liquidité.

COBAC R-2010/01 relatif à la couverture des risques des établissements de crédit. Ce ratio doit être au moins égal à 8% (art. 1er Règlement COBAC R-2010/01)[876].

Les établissements de crédit sont aux termes de l'article 1er du Règlement COBAC R-2010/2 relatif à la division des risques des établissements de crédit, tenus de respecter en permanence un rapport maximum de 45% entre l'ensemble des risques qu'ils encourent du fait de leurs opérations avec les mêmes bénéficiaires et le montant de leurs fonds propres nets et un rapport maximum de 800% entre la somme des grands risques[877] qu'ils encourent du fait de leurs opérations avec les bénéficiaires ayant reçu chacun des concours et leurs fonds propres nets. Le but de ce dispositif est d'éviter une concentration excessive des risques[878] pris sur un même client, ou sur une catégorie dont l'insolvabilité définitive ou même partielle pourrait les ébranler.

L'octroi du crédit étant soumis au respect des normes de gestion, il va de soi que l'entreprise en difficultés ne peut pas obtenir du banquier les fonds suffisants pour surmonter ses difficultés, ce dernier étant contraint de « rationner » le crédit à octroyer.

2 . Le rationnement du crédit

439. Qu'il provienne de la continuation des contrats en cours ou de la survenance des contrats nouveaux, le crédit bancaire se trouve rationné en raison de la soumission du banquier aux normes prudentielles.

Le banquier astreint au ratio de solvabilité doit se réserver d'octroyer le crédit sans observer cette norme. Celle-ci a pour conséquence qu'il ne peut aller au-delà d'un seuil de financement. La difficulté même passagère d'une entreprise peut nécessiter un financement important. Le banquier sera dans l'impossibilité d'octroyer le montant de crédit nécessaire s'il se rend compte qu'il violerait par là la norme à lui imposée. Il sera donc contraint d'octroyer un crédit conforme à la norme, fut-il insuffisant à renflouer les caisses de l'entreprise.

---

[876] En cas de non respect de cette norme, la COBAC peut adresser à l'établissement de crédit une injonction à l'effet notamment de prendre dans un délai déterminé toutes les mesures de nature à mettre l'établissement concerné en conformité avec la norme, mais la commission bancaire peut également autoriser l'établissement de crédit de déroger temporairement à cette obligation en lui impartissant un délai pour régulariser sa situation. Il lui est toutefois interdit toute distribution de dividende pendant cette période.

[877] Par grands risques, il faut entendre l'ensemble des risques encourus du fait des opérations avec un même bénéficiaire lorsque cet ensemble excède 15% des fonds propres nets de l'établissement de crédit.

[878] C'est donc l'application de l'adage « *il ne faut pas mettre tous ses œufs dans le même panier* ». Le banquier doit par exemple diversifier les secteurs d'activité où il octroie les crédits.

Le ratio de liquidité exige quant à lui que les banques fonctionnent en considérant que tous les déposants pourront, à tout moment, retirer leurs dépôts. Il pèse donc sur le banquier une obligation de restitution à tout moment. Il doit donc respecter cette norme dans l'octroi du crédit. S'il s'avère donc que le crédit sollicité va au-delà de la norme, l'entreprise ne pourra pas obtenir un financement apte à surmonter ses difficultés.

440. Conformément à la norme d'équilibre et plus précisément à la norme de division des risques, le banquier ne saurait accorder plus d'un certain pourcentage de crédit à un client ou une catégorie de clients indépendamment de la solvabilité ou non de ces derniers. Il doit par exemple diversifier les secteurs d'activité dans lesquels il octroie le crédit. C'est dire que s'il a eu à financer un secteur d'activité qui s'avère par la suite en difficultés, il ne doit plus financer ce même secteur à partir du moment où il doit diviser ses risques.

Outre la soumission du banquier aux normes prudentielles, la responsabilité bancaire en raison des concours aux entreprises est également de nature à compromettre l'octroi du crédit aux entreprises en difficultés.

B. La responsabilité du banquier en raison des concours aux entreprises en difficultés

441. Le métier de banque n'échappe pas plus que les autres professions à la responsabilité[879] née d'opérations préjudiciables aux intérêts des cocontractants et même des tiers[880]. Les établissements de crédit, leurs dirigeants et personnel répondent des actes

[879] La responsabilité peut être définie comme l'ensemble des règles qui attache à l'étude et à la détermination des conséquences des faits illicites qui causent à autrui un dommage. C'est le fait pour une personne de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences civiles, pénales, disciplinaires etc.

[880] MONDINO (J.) et Thomas (Y.), *Le droit du crédit*, 5e éd. Dunod, 1992, p. 66 ; BEHAR-TOUCHAIS (M.) : « Le créancier d'un débiteur soumis à une procédure collective est-il recevable à agir ut singuli, en réparation du préjudice collectif qu'une banque aurait causé aux créanciers, en octroyant au débiteur des prêts trop importants ? », note sous Cass. Com. 3 juin 1997, Cousin Laferrière et a. C/ Société Générale et a., *La Semaine Juridique, éd. Entreprise* et *Affaires*, n°38, Sept. 1997, p.88 ; BETBEZE (J-P.), « La banque, le juge, les ruptures de crédit et le fonctionnement du marché », *Les Petites Affiches*, n°99, 19 mai 2005, p.60 ; BONNEAU (T.), « Responsabilité bancaire, soutien abusif, loi du 26 juillet de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit*, n°105, janv.-févr. 2006, p.61 ; BOUCHERY (D.), « La responsabilité des banques dans les procédures : comment prévenir le risque de rupture ou de soutien abusif ? », *Droit et Patrimoine*, n°57, févr. 1998, p.53 ; BOUTEILLER (P.) : « Responsabilité du banquier dans le cadre des procédures collectives », *Jurisclasseur Banque Crédit Bourse*, fasc. 520, 03, 2007 ; COOGAN (P.), « La responsabilité du banquier en droit américain », in *La responsabilité extracontractuelle du donneur de crédit en droit comparé*, FEDUCI 1984, p.170.

ou faits, dommageables ou illicites, commis dans l'exercice de leur activité[881]. Mais cette responsabilité revêt des caractères particuliers par suite de la nature propre de l'octroi du crédit. Ce qu'on attend du banquier, c'est de faire preuve de prudence et de discernement lorsqu'il est sollicité par un client ; c'est aussi bien entendu de renoncer à toute opération illicite voir simplement peu orthodoxe[882].

La responsabilité du banquier est généralement mise en cause à l'occasion de la défaillance d'une entreprise cliente ; lorsque cette dernière est soumise à une procédure collective[883]. Elle est visée aux articles 118[884] et 183[885] AUPCAP. De même, l'article 22[886] alinéas 2 et 3 de l'ordonnance n°85/002 du 31 août 1985 relative à l'exercice de l'activité des établissements de crédit au Cameroun prévoit la responsabilité bancaire dans l'octroi des crédits. Les articles 227 et suivants AUPCAP enfin prévoient la responsabilité pénale du banquier dispensateur du crédit. De ces dispositions, il découle que le financement d'une entreprise en difficultés n'est pas en soi reprochable tant que la situation financière n'est pas irrémédiablement compromise. C'est dire que le banquier qui octroie le crédit à une entreprise en situation désespérée engage aussi bien sa responsabilité civile (1) que pénale (2).

1. La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficultés

442. La responsabilité civile du banquier est une responsabilité de droit commun fondée sur l'article 1382 du C.civ. selon lequel « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Elle peut être engagée aussi bien par le débiteur que par les tiers selon que le préjudice

[881] NYAMA (J. M.), *Droit bancaire en zone CEMAC*, nouvelle éd., presses de l'UCAC, Yaoundé-Cameroun, Févier 2015, p. 396 ; ADELINE (A.), « Responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit : le droit anglais », *Banque*, n°573, sept. 1996, p.60.

[882] MONDINO (J.) et Thomas (Y.), *Le droit du crédit, op. cit*., p. 66.

[883] DE SERVIGNY (A.), *Le risque de crédit : nouveaux enjeux bancaires*, 2e éd., Dunod, Paris, 2003, p. 26 ; LUCAS (F.-X.), « Risques et responsabilités induits par les procédures collectives », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 1, janvier 2013, p. 356.

[884] Aux termes de cet article, *«les tiers créanciers ou non qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements, à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers ».*

[885] De la combinaison des articles 180 et 183du nouvel AUPCAP, il ressort que le banquier, dirigeant de fait, peut être condamné à combler le passif de l'entreprise en difficultés.

[886] L'article 22, alinéas 2 et 3 de l'ordonnance de 1985 prévoit que l'établissement de crédit n'est tenu de respecter aucun délai de préavis, que l'ouverture de crédit soit à durée déterminée ou non en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit, ou au cas où la situation de ce dernier est irrémédiablement compromise, le non respect de ces dispositions pouvant entraîner la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit.

relève d'une rupture abusive du crédit ou d'un octroi inconsidéré du crédit[887]. Elle peut également être engagée contre le banquier qui a manqué à son obligation de non ingérence[888].

La responsabilité du banquier est souvent recherchée par le bénéficiaire du crédit lui-même (ou par les organes de la procédure collective) qui lui reproche d'avoir réduit ou supprimé fautivement le crédit consenti ou d'avoir refusé de lui octroyer un nouveau crédit ainsi qu'elle s'y était engagée, au moins implicitement : c'est la responsabilité civile contractuelle pour rupture abusive du crédit[889]. La rupture du crédit est abusive lorsque le banquier n'a pas préalablement porté à la connaissance de son cocontractant la rupture survenue[890]. Le banquier doit donc observer un délai de préavis sans lequel la rupture sera abusive. Il peut toutefois s'en dispenser soit en raison du comportement de l'emprunteur, soit en raison de la situation irrémédiablement compromise de ce dernier[891]. C'est dire que les entreprises en conciliation, règlement préventif et en redressement judiciaire n'étant pas en situation irrémédiablement compromise, le banquier qui rompt le crédit dans ces hypothèses en l'absence d'un préavis engage sa responsabilité[892]. Celle-ci suppose toutefois que certaines conditions soient réunies[893].

443. Les preuves de l'ouverture et du montant du crédit[894] sont nécessaires pour la mise en œuvre de la responsabilité civile contractuelle du banquier.

Contrairement à la responsabilité civile contractuelle qui est exercée par le bénéficiaire du crédit ou son assistant (le syndic), la responsabilité civile délictuelle est

---

[887] NYAMA (J. M.), « Réflexions sur la responsabilité du banquier », *Juridis Infos*, n° 9, janvier-février-mars 1992, p. 35.

[888] LASSERE-CAPDEVILLE (J.), « Que reste-t-il au XXIe siècle du devoir de non ingérence du banquier », *Banque et Droit*, n°100, mars-avril 2005, p.13.

[889] D'ALBOY (G.), « La rupture des concours bancaires », *Les Petites Affiches*, n°28, 6 mars 1995, p. 4 ; GUYON (Y.), « La rupture abusive de crédit », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n°6, novembre-décembre 2002, p. 369.

[890] REIFEGERSTE (S.), « La rupture de crédit aux entreprises », *Les Petites Affiches*, n° 203, 09 octobre 2008, p. 14.

[891] Article 22, alinéas 2 et 3 ordonnance de 1985.

[892]COUDERT (J.L.) et MIGEOT (P.), « Appréciation par l'expert du comportement du banquier dans la distribution du crédit », *Les petites affiches*, n°53, 3 mai 1993, p.9.

[893] LEGEAIS (D.), « Conditions de la responsabilité du prêteur du fait des concours consentis à une entreprise en difficultés », *La Semaine Juridique éd. Entreprise et Affaires*, n° 17, 26 avril 2012, p. 12.

[894] Le syndic agissant pour le compte du débiteur doit prouver non seulement l'existence d'un crédit mais aussi le montant de ce crédit. Il ne revient pas de prouver que le banquier lui a accordé des crédits dans le passé, mais qu'il s'était engagé expressément ou tacitement à lui accorder le crédit refusé. Il doit aussi établir la preuve des limites de l'engagement du banquier. Au-delà de ces limites, il n''est pas tenu. Mais, en deçà, il doit tenir sa promesse.

exercée par les créanciers de ce dernier[895]. Elle suppose à cet effet la réunion de plusieurs conditions relatives pour certaines à l'existence de la responsabilité et pour d'autres à sa mise en œuvre[896].

444. Pour prétendre exercer une action en responsabilité délictuelle contre le banquier, trois conditions doivent être réunies : l'existence d'une situation irrémédiablement compromise[897], la fourniture de la trésorerie par le banquier et sa connaissance parfaite de la situation de l'entreprise[898].

Les conditions de mise en œuvre concernent essentiellement la faute du banquier[899], le préjudice subi[900] et le lien de causalité[901]. La réunion de ces conditions entraîne la

[895] On n'envisageait pas en effet que le banquier pouvait engager sa responsabilité à l'égard des tiers du seul fait d'avoir accordé un crédit à une entreprise. Cependant, l'article 1382 du C.civ., par la généralité des termes, ne permet pas d'exclure que l'octroi d'un crédit puisse être générateur de la responsabilité pour la banque. Lire dans ce sens DE JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.), *Traité de droit commercial banques et bourses*, T.7, 3e éd, Paris, Octobre 1991, p. 392 ; LIKILLIMBA (G.-A.), *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, 2e éd., Paris, Litec, 2001 ; SIMONT (L.) et BRUYNEEL (B.), *La responsabilité extracontractuelle du donneur de crédit en droit comparé*, Paris, éd. FEDUCI, 1984 ; MARTIN (P.), « La réparation du préjudice individuel des créanciers dans les procédures collectives », *Les Petites Affiches*, n°186, 18 Septembre 2001, p.4.

[896] MALEVILLE (M.-H.), « La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre de devoir de conseil », *La Semaine Juridique*, n°17, 26 avril 2000, p.733.

[897] En faisant crédit à une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise, le banquier masque la réalité, prolonge artificiellement la vie de l'entreprise et diffère par conséquent l'ouverture d'une procédure collective de liquidation des biens, ce qui conduit nécessairement à augmenter les pertes de l'entreprise et donc à diminuer les chances des créanciers à recouvrer leurs créances. La notion de situation irrémédiablement compromise est une notion assez difficile à cerner. Au départ, les juges se fondaient sur la notion de cessation des paiements pour apprécier la faute du banquier, de tel enseigne que le banquier était susceptible d'être condamné pour soutien abusif dès lors qu'il avait octroyé un crédit à une entreprise en cessation des paiements. La situation irrémédiablement compromise serait selon un auteur « *la situation d'une entreprise dans l'incapacité, faute de perspectives commerciales et/ou de gestion sérieuse et réaliste, de maintenir ou de rétablir son équilibre financier sans être contrainte de se soumettre à une procédure collective* ». BOUTEILLER (P.), « Responsabilité du banquier », *Jurisclasseur Banque Crédit Bourse*, fasc.520, n° 37.

[898] Il n'est pas aisé d'établir la connaissance par le banquier de la situation irrémédiablement compromise. Il est certes astreint à l'obligation de non ingérence, mais le devoir de vigilance devrait lui permettre de s'assurer au moment de nouer une relation, de l'identité du client, de la détection des opérations suspectes et du suivi des opérations atypiques. Lire à cet effet TOE (S.), « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficultés en droit OHADA à la lumière du droit français », *Revue de l'ERSUMA, Droit des affaires et pratiques professionnelles*, n°1, Juin 2012, p. 31 ; DAIGRE (J-J), « Du soutien abusif d'une filiale de concert par une banque et la société mère » , *Revue des Sociétés*, 2003, p.859 et s.

[899] La faute du banquier peut relever du financement des déficits du client. Le banquier qui octroie le crédit à une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise commet ainsi une faute. Le banquier peut indirectement avoir incité les créanciers à faire des affaires avec un débiteur malhonnête auquel il a accordé une apparence de solvabilité en lui octroyant le crédit. Le plus souvent, on reproche au banquier d'avoir prolongé artificiellement la vie d'une entreprise condamnée à disparaître, en lui accordant de nouveaux crédits alors qu'il savait sa situation sans issue. Lire à cet effet MONDINO (J.) et THOMAS (Y.), *Le droit du crédit*, *op.cit.*, p. 67.

[900] Le préjudice subi par les victimes du comportement fautif du banquier est fixé par l'alinéa premier de l'article 118 AUPCAP qui prévoit que les tiers créanciers ou non qui ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice. Il est certain qu'un crédit octroyé à une entreprise dont la situation est désespérée crée une apparence de solvabilité. Ce crédit permettra à l'entreprise d'augmenter le nombre de ses créanciers qui seront ainsi de nouvelles victimes. Ceux-ci pourront se prévaloir du préjudice subi ; l'aggravation du passif ou la diminution de l'actif, et pourront légitimement demander réparation. Lire à cet effet, CHACGOM FOKAM (A.), *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2008-2009, p. 38. CREDOT (F-J.), « La relation causale et le

condamnation du banquier aux dommages intérêts. Outre cette sanction, le banquier peut être condamné à combler le passif de l'entreprise en difficultés lorsqu'il s'est parfois comporté comme un dirigeant de droit.

Il arrive que des personnes qui n'ont pas été régulièrement nommées assument en pratique, des fonctions conférées par le mandat social : ce sont les dirigeants de fait[902]. Il s'agit des individus qui exercent en toute indépendance et en toute souveraineté une action positive de gestion[903].

La direction de fait est une activité illicite susceptible d'engendrer des responsabilités mais non de créer des droits[904]. Le nouvel AUPCAP[905]prévoit d'ailleurs que la responsabilité du dirigeant de fait qui s'est rendu coupable de certains agissements peut être retenue[906].

445. Dans la distribution du crédit, il peut y avoir gestion de fait ou immixtion dans la gestion[907]. Le banquier aura alors manqué à son obligation de non ingérence et pourra pour cela subir des sanctions y afférentes[908].

Le principe de non ingérence est fondamental en matière bancaire. Encore dénommé principe de non immixtion, ce principe commande que les établissements de

---

préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaires », in *Mélanges en l'honneur de Michel VASSEUR*, Banque Editeur, 2000, p.63.

[901] Il convient de prouver que le préjudice subi émane effectivement d'une faute du banquier. Un créancier n'ayant subi aucun préjudice du fait du banquier ne saurait invoquer la faute de ce dernier et prétendre à une réparation. De même, un créancier dont la créance est antérieure au crédit octroyé ne peut exciper ni de la faute du banquier, ni du préjudice subi.

[902]La jurisprudence notamment française a progressivement cerné cette notion de manière très pragmatique en qualifiant ainsi toute personne qui, directement ou par personne interposée, exerce une activité de gestion ou de direction au sein de la personne morale, à la place de ses dirigeants légaux. Il s'agit d'une immixtion dans la gestion de droit. Lire à cet effet, VIDAL (D.), Droit des sociétés, *op. cit*., p. 211 et s ; DELLEBECCQUE (P.), « L'administration de fait par personne interposée : une notion à définir », *La Semaine Juridique, éd. Entreprise et Affaire*, n°6, 10 févr. 2005, 234.

[903] COUDERT (J.C.) et MIGEOT (P.), « Appréciation par l'expert du comportement du banquier dans la distribution du crédit », *préc*., p. 9.

[904] LEFEBVRE (F.), Dirigeants des sociétés commerciales, *op. cit.,* p. 701.

[905] Article 180.

[906] Pour les banques, la qualité de dirigeant de fait peut être utilisée contre elles en cas de soutien apporté aux entreprises en difficultés. Voir à cet effet, Tribunal de Libreville, 17 juin 1992, Affaire ABA C/Paribas Gabon et BICCI Gabon. note DIOP-O'NGWERO, *PENANT*, n°817, janvier-avril 1995, p. 99.

[907] CAMPANA (M.-J.), « La responsabilité civile du dirigeant en cas de redressement judiciaire », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1994, p.136.

[908] Mais, il faudra distinguer entre ce qui relève du pouvoir de conseil reconnu au banquier à l'égard de ses clients et ce qui tombe sous le coup de la sanction pour immixtion. Il appartiendra au tribunal de décider souverainement si les faits allégués sont suffisants pour retenir la qualité de dirigeants de fait. POUGOUE (P.-G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, *op. cit*., p. 96.

crédit n'interviennent pas dans les affaires de leurs clients. Ce principe repose sur un paradoxe à partir du moment où il protège à la fois le client[909] et le banquier[910].

Le principe de non ingérence dispense la banque de rechercher l'origine et la destination des fonds. Il concerne d'abord le service de caisse c'est-à-dire les dépôts, les retraits ainsi que les encaissements. Il concerne ensuite les opérations de crédit : le banquier n'a pas à apprécier l'opportunité de l'affectation du crédit. Dès lors, si ces domaines sont généralement signalés comme ceux où l'on prend en considération le principe de non ingérence, peut-on aller plus loin en affirmant que ce principe est général ? La réponse semble être positive, car, il n'y a aucune raison de le cantonner à certains domaines.

446. La preuve est que ce principe a été étendu aux ventes des titres au porteur par l'entreprise du banquier[911].

S'il paraît général, c'est certainement en raison de son fondement qui fait l'objet de plusieurs controverses doctrinales. Certains y voient un prolongement du secret des affaires, tandis que d'autres soutiennent mordicus que le principe de non ingérence prend appui sur le droit commun des affaires. Il nous semble toutefois plus juste et plus simple d'affirmer avec Thierry BONNEAU[912] que ce principe se fonde sur le respect de la vie privée ; chacun étant maître de ses affaires, il doit les gérer comme il l'entend. Pour cette raison, le banquier n'a pas à s'immiscer dans les affaires de ses clients. Il doit donc s'abstenir de poser certains actes d'immixtion[913]. Au cas contraire, son immixtion est source de responsabilité.

---

[909] Le principe de non ingérence protège le client qui désire que son banquier ne se mêle pas de ses affaires.

[910] Le principe de non ingérence protège les intérêts du banquier à l'égard des clients eux-mêmes et à l'égard des tiers. À l'égard des clients, ce principe permet d'écarter la responsabilité du banquier lorsqu'elle est recherchée par ceux-ci en raison d'opérations qu'ils ont eux-mêmes accomplies et qui se sont révélées préjudiciables. Le principe permet également d'écarter la responsabilité du banquier pour les opérations indélicates effectuées par leurs clients au préjudice des tiers. Lire dans ce sens BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, *op. cit.*, p.243.

[911] Civ., 8 février 1983, Bull civ I, n° 51, p. 44.

[912] BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, *op.cit.*, p. 244.

[913] Est qualifié de comportement fautif tout acte par lequel le banquier sort des limites de son rôle de dispensateur de crédit pour exercer en fait une action effective et décisive sur la gestion de la société cliente. Le banquier réalise ainsi une immixtion qui l'amène à être considéré comme dirigeant de fait. Le banquier qui intervient dans les affaires de son client, en empêchant à ce dernier d'accomplir un acte régulier, en refusant d'exécuter les instructions données par son client, au motif que celles-ci lui paraissent inopportunes, manifeste ainsi son immixtion dans la gestion. Toutefois, qu'un banquier assiste à un conseil d'administration sans en être membre n'est pas assimilable à une gestion de fait. De même, qu'un collaborateur de banque soit intégré dans la hiérarchie de l'entreprise ne fait pas de lui un dirigeant de fait s'il reste soumis au chef d'entreprise. Aussi, le fait pour la banque de surveiller l'usage qui est fait du crédit octroyé à la société ou d'exiger d'être seul banquier de celle-ci tant que les crédits sont utilisés, ne fait pas d'elle un dirigeant de fait de l'entreprise. Il n'y a pas là une action positive mais négative. Aussi, il nous

Aux termes de l'article 183, alinéa 1 du nouvel AUPCAP, « *lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider à la requête du syndic, du ministère public ou de deux contrôleurs (…), ou même d'office, 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* » : c'est la condamnation au comblement du passif[914]. Il en découle que l'exercice de l'action en comblement du passif[915] est soumis à des conditions sans lesquelles le banquier ne saurait répondre[916]. Comme l'action en responsabilité civile de droit commun, l'action en responsabilité de l'article 183 du nouvel AUPCAP[917] suppose

semble que de telles exigences se justifient suffisamment par la volonté propre et légitime des prêteurs d'assurer la bonne fin de leur crédit, sans qu'il soit pour autant besoin de parler d'immixtion dans la gestion. Lire à cet effet, DE JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.), *Traité de droit commercial banques et bourses*, *op.cit.*, p. 417 ; NJOYA NKAMGA (B.), *Les dirigeants sociaux*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2006-2007, p. 70 et s.

[914] DAMMANN (R.) et PASZKUDZSKI (J.), « La condamnation du banquier à combler l'insuffisance d'actif (arrêt Banque Worms de la cour de cassation du 27 juin 2006) », *D.* 2006, n°36, p.2534.

[915] L'action en comblement du passif est classiquement considérée comme une action en responsabilité civile aggravée. Elle a pour objet de sanctionner un dirigeant ou personne assimilée malhonnête, de réparer le dommage subi par les créanciers incomplètement payés du fait de l'insuffisance d'actifs. Vue sous cet angle, l'on serait tenté de dire qu'il s'agit d'une responsabilité civile délictuelle. Toutefois, au regard des titulaires de l'action prévus par l'Acte uniforme, cette qualification ne serait en partie. En effet, l'action ne peut être introduite que par le syndic. Le tribunal a toutefois la possibilité de se saisir d'office. Les personnes habilitées à agir en comblement sont donc limitativement énumérées par l'article 183, alinéa 1 du nouvel AUPCAP. Il en découle que les créanciers ne peuvent pas agir, alors pourtant qu'ils sont les victimes directes de l'insuffisance d'actif. L'action en comblement du passif est donc susceptible d'être qualifiée de responsabilité mixte au regard des manifestations de la responsabilité civile contractuelle et délictuelle. Elle ne saurait donc être assimilée à la responsabilité de droit commun au même titre que les responsabilités civiles contractuelle et délictuelle.

[916]La qualité de dirigeant de fait ne se présume pas. Il revient à celui qui soutient l'existence d'une direction de fait d'apporter la preuve de l'immixtion de la personne indexée dans les fonctions déterminantes. Ceci revient à prouver l'existence à la fois d'une immixtion continue dans la gestion ou l'administration de la société et un contrôle effectif et constant de la société. NJOYA NKAMGA (B.), *Les dirigeants sociaux*, Thèse précitée, p. 71.

[917] Elle relève de la compétence exclusive du tribunal qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens (article 184 du nouvel AUPCAP). Cette règle est conforme au principe selon lequel toutes les actions intéressant une même procédure collective sont portées devant le même tribunal. Aux termes de l'article 3, alinéa 1 du nouvel AUPCAP, « *(…) le redressement judiciaire et la liquidation des biens relèvent de la juridiction compétente en matière de procédures collectives*». Cette compétence se heurte dans la pratique à l'absence des juridictions et des juges spécialisés en matières surtout commerciales dans la plupart des états membres de l'OHADA. Pour l'essentiel en effet, ce sont les mêmes juridictions qui connaissent des affaires civiles, pénales, sociales et commerciales. Aussi le législateur se borne à dire que ce sera la juridiction compétente en matière de procédures collectives, sans préciser si c'est le TPI ou le TGI qui sera compétent, ou c'est une autre juridiction qui connait une autre appellation dans l'État-partie -par exemple, les tribunaux régionaux hors classe-. En l'absence d'une telle précision, il faudra recourir aux dispositions de chaque législation nationale pour être fixé sur la répartition des compétences matérielles entre le TGI et le TPI. Au Cameroun par exemple, les articles 16 et 18 de la loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire, prévoient qu'en matière civile, commerciale et sociale, le TPI est compétent lorsque le montant de la demande est inférieur à 10.000.000 (dix millions) de francs CFA, alors que le TGI est compétent dans le cas contraire. Sur la question, voir MODI KOKO BEBEY (H. D.), « Le tribunal compétent pour l'ouverture des procédures collectives du droit français et de l'OHADA », sur www.juriscope.org ; SOH FOGNO (D. R.), *Le débiteur à l'épreuve des procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*,Thèse précitée, p. 41 et 42 ; SAWADOGO (F.M), « Observation sous article 3 de l'AUPCAP », in Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2014, p. 828. Relativement à la compétence

l'existence d'un préjudice[918], d'une faute[919] et d'un lien de causalité[920]. La réunion de ces conditions entraîne la condamnation au comblement du passif.

447. Le prononcé du comblement du passif produit deux conséquences non cumulatives en relation avec la volonté d'en assurer l'exécution[921]. La première tient au paiement par le dirigeant de fait de la somme mise à sa charge. Ce paiement est libératoire. La seconde conséquence intervient en cas de non paiement du montant de la condamnation. Il résulte en effet des articles 189 *in fine* et 198, 3° du nouvel AUPCAP que le non paiement de la condamnation peut entraîner l'ouverture d'une procédure collective contre le dirigeant de fait et éventuellement sa mise en faillite.

Pour éviter le risque d'insolvabilité, le nouvel Acte uniforme prévoit en son article 185 des mesures qu'on pourrait qualifier de coercitives à l'égard du dirigeant reconnu responsable[922]. La juridiction compétente peut en effet l'obliger à céder ses actions ou parts sociales ou ordonner leur cession forcée par le syndic. Toutefois, aucune sanction n'étant prévue à cet effet, nous pensons avec les professeurs POUGOUE et KALIEU qu'une mesure de « *blocage* » par les soins du syndic aurait été plus efficace[923]. De plus, si une telle mesure trouve son application lorsque le dirigeant est associé, tel n'est pas le

---

territoriale, on se réfère au domicile de la personne morale pour déterminer la juridiction compétente. À partir de la jurisprudence des gares principales, la personne morale est domiciliée au lieu de son siège social ou partout où sont situées ses succursales. Le tribunal compétent, pour constater que la personne morale est en cessation des paiements, est soit le tribunal du lieu du siège social, soit le tribunal dans le ressort duquel se trouve l'une de ses succursales. C'est du moins ce qui ressort de l'arrêt de la CCJA n° 004/2004 du 8 janvier 2004 Aff. ATTIBA Denis et autres c/ Compagnie Multinationale Air Afrique et autres, JURIDATA N° J004-01/2004.

[918] Le préjudice est l'insuffisance d'actif qui apparaît à l'occasion de la procédure collective. De manière plus précise, on dira que c'est la fraction de créances qui n'a pas pu être remboursée à partir des fonds provenant du patrimoine de la société.

[919] Il doit s'agir d'une faute de gestion. Celle-ci pourra consister en une erreur de gestion, une imprudence dans la gestion, une violation des règles légales ou statutaires de gestion, etc. La faute n'étant pas qualifiée, une faute légère, même d'imprudence suffit pour fonder une action en comblement du passif. En l'absence de définition légale, les tribunaux disposeront d'un pouvoir souverain d'appréciation. Lire à cet effet POUGOUE (P.G) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, *op.cit*., p. 96.

[920]La faute du dirigeant doit avoir contribué à l'insuffisance d'actifs (article 183, alinéa 1 du nouvel AUPCAP). Cette preuve est difficile à rapporter, compte tenu de la complexité des faits qui sont à l'origine de presque toutes les défaillances d'entreprises. Les juridictions des États membres de l'OHADA auront à choisir entre le système de la causalité adéquate, qui s'efforce à rattacher le dommage à celui de ses antécédents qui normalement, était de nature à le produire et le système de l'équivalence des conditions ou des causes en vertu duquel « tout évènement intervenu dans la réalisation du dommage et sans lequel le dommage ne se serait pas produit en est nécessairement la cause ». C'est ce second système qui, à notre sens, devrait être retenu à partir du moment où il correspond à la formule très compréhensive de l'article 183 du nouvel AUPCAP et que, corrélativement, la responsabilité est plus largement admise. Dès lors, une faute légère imputable au dirigeant de fait poursuivi pourra être retenue alors même qu'elle ne serait pas la seule cause de l'insuffisance d'actifs. Voir dans ce sens TERRE (F.), LEQUETTE (Y.) et SIMLER (P.), *Droit civil Les obligations*, Paris, Dalloz 2000, n° 819.

[921] SAWADOGO (F.M), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, *op.cit*., p. 325.

[922] POUGOUE (P.-G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, *op.cit*., p. 99.

[923] *Idem*.

cas lorsque le dirigeant responsable n'a pas cette qualité et même lorsqu'il est un dirigeant de fait.

448. La question se pose dès lors de savoir si cette responsabilité de l'article 183 du nouvel AUPCAP se cumule avec la responsabilité de droit commun fondée sur l'article 1382 du C.civ. Sous l'empire des textes antérieurs à l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives, le cumul était admis car les fondements de ces deux responsabilités étaient différents : en tant que représentant de la société, le syndic pouvait exercer l'action sociale en responsabilité tendant à réparer le préjudice subi par la société ; en tant que représentant de la masse, il pouvait réclamer réparation du préjudice collectif subi par la masse sur le fondement du droit commun de la responsabilité.

Les conditions nouvelles résultant de l'article 183 du nouvel AUPCAP, notamment l'exigence de la preuve de la faute, du préjudice et du lien de causalité, devraient entraîner le non cumul de ces responsabilités. Le syndic ne devrait agir qu'en vertu de cet article; une action fondée sur le droit commun de la responsabilité civile devrait être irrecevable[924].

Le non cumul de la responsabilité de l'article 183 du nouvel AUPCAP avec la responsabilité de droit commun nous semble judicieux vis-à-vis du banquier à partir du moment où il peut également être poursuivi sur le plan pénal.

2. La responsabilité pénale du banquier, complice de banqueroute

449. Les fautes civiles ci-dessus évoquées et plus précisément l'octroi abusif du crédit qui engagent la responsabilité pécuniaire de la banque, peuvent également prendre une coloration pénale[925] et entraîner des poursuites à l'encontre du banquier[926]. Il convient

[924] GOMEZ (J.R.), *OHADA, Entreprise en difficulté. Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français*, *op.cit.*, p. 260.

[925] Il peut arriver que la responsabilité du banquier soit de nature pénale, soit parce que les infractions ont été directement commises par le banquier, soit parce qu'il s'est laissé prendre dans les liens de la complicité d'infractions commises par les clients. Voir dans ce sens NYAMA (J. M.), *Droit bancaire en zone CEMAC*, *op. cit.*, p. 396 ; YAWAGA (S.), « Infractions relatives aux procédures collectives d'apurement du passif », *préc.*, pp. 1004-1009 ; ROBERT (J.-H.), « Banqueroute et autres infractions », *Droit pénal*, novembre 2005, p.13 et s. ; NZOUABETH (D.), « La responsabilité des tiers en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif dans l'espace OHADA », *Revue des Procédures Collectives*, n° 4, décembre 2007, pp. 192-206.

[926] DE JUGLART (M.) et IPOLITO (B.), *Traité de droit commercial banques et bourses*, *op.cit.*, p. 418 ; LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « La responsabilité pénale du banquier dispensateur de crédit », in LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et STORCK (M.) (dir.), *Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques*, Dalloz, 2012, p. 25.

toutefois de définir les conditions personnelles et matérielles de la responsabilité pénale sans lesquelles les sanctions ne sauraient être envisagées.

En ce qui concerne les conditions personnelles, il importe de préciser que le banquier ne peut être responsable qu'en tant que complice du client lui-même, coupable de délit de banqueroute[927]. Aux termes de l'article 227 du nouvel AUPCAP, peuvent être coupable de délit de banqueroute, les personnes physiques[928] exerçant une activité civile, commerciale, artisanale ou agricole et les associés des sociétés commerciales qui ont la qualité de commerçants[929]. Sont également exposées aux poursuites pour banqueroute, les personnes physiques dirigeantes des personnes morales assujetties aux procédures collectives[930] et les personnes physiques représentantes permanentes des personnes morales assujetties aux procédures collectives[931].

450. Relativement aux conditions matérielles, les faits punissables de banqueroute sont nombreux[932]. Mais seul retiendra notre attention ici le maintien artificiel d'une entreprise défaillante tel qu'il ressort des articles 228, 2° du nouvel AUPCAP, 231, 2° du nouvel AUPCAP et 25, alinéa 1 de la loi du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA. Ces articles prévoient qu'il y a banqueroute dans le fait d'avoir, dans l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements, fait des achats en vue d'une revente en dessous du cours, ou employé des moyens ruineux[933] pour se procurer des fonds. De là, se dégagent deux éléments constitutifs à savoir l'élément matériel qui réside dans les moyens ruineux[934] et l'élément moral qui est la double connaissance de la banque : la connaissance de l'état de

[927] La banqueroute est une infraction pénale commise par un commerçant personne physique en état de cessation des paiements. Elle peut être simple ou frauduleuse. Elle est frauduleuse lorsqu'elle tient à des actes graves impliquant une certaine malhonnêteté, exemple : soustraction de la comptabilité, faux bilan et simple dans le cas contraire.

[928] Sous l'ancien texte, seules les personnes physiques exerçant une activité commerciale pouvaient être soumises aux procédures collectives OHADA. Le nouvel AUPCAP est venu étendre le champ en intégrant les personnes physiques exerçant une activité civile, artisanale et agricole (article 1-1).

[929] Les associés de sociétés en nom collectif (SNC) et les commandités des sociétés en commandite simple (SCS).

[930] Article 230, 1° du nouvel AUPCAP.

[931] Article 230, 2° du nouvel AUPCAP.

[932] Cf. article 228 -1°, 3°, 4°, 5° du nouvel AUPCAP ; article 231 -1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7° du nouvel AUPCAP.

[933] L'on considérait qu'est un moyen ruineux, le recours à un crédit au coût excessif. Cependant, même si le crédit est consenti à un certain taux raisonnable, voire faible, il sera considéré comme ruineux si la charge financière n'est pas supportable par le compte d'exploitation de l'entreprise emprunteuse.

[934] Un crédit est ruineux s'il permet à une entreprise de poursuivre une activité irrémédiablement compromise, et, s'il entraîne des charges excédant les capacités financières de l'entreprise.

cessation des paiements du crédité et celle de la destination des fonds à savoir l'emploi de ces deniers en vue d'éviter ou de retarder la cessation des paiements.

451. Lorsque ces conditions sont réunies, le banquier est sanctionné pour complicité de banqueroute.

La complicité de banqueroute relève des articles 25 et 28 de la loi du 10 juillet 2003 précitée.

Aux termes de l'article 25 alinéa 1, « *est coupable de banqueroute simple et puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans, tout commerçant personne physique en état de cessation des paiements qui, (...) dans l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements, (...) emploie les moyens ruineux pour se procurer des fonds (...)* ».

L'article 28 quant à lui dispose que « *sont punis d'un emprisonnement d'un mois à deux ans les dirigeants, qui en cette qualité, et, de mauvaise foi, ont (...) employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds dans l'intention de retarder la constatation de cessation des paiements de la personne morale (...)* ». Est par conséquent puni des mêmes peines, le banquier ayant fourni les moyens ruineux, soit à une personne physique commerçante, soit à une personne physique représentante et même dirigeante d'une personne morale, dans l'intention de retarder la constatation de la cessation des paiements.

Le banquier court donc le risque de voir sa responsabilité engagée du fait d'avoir octroyé le crédit à une entreprise en difficultés ; ce qui n'est pas de nature à favoriser le financement des entreprises en difficultés. À ce risque, s'ajoutent les sacrifices qui lui sont généralement imposés lorsqu'il a traité avec l'entreprise antérieurement à ses difficultés.

C. La question des délais de paiement imposés

452. Dans l'optique d'assurer le redressement de l'entreprise en difficultés, plusieurs mesures adoptées par le législateur OHADA sont imposées aux créanciers antérieurs[935]. Certaines sont relatives aux délais et remises tandis que d'autres concernent

[935] Les créanciers antérieurs sont ceux là qui ont traité avec l'entreprise antérieurement au prononcé de la procédure collective.

l'interdiction des poursuites individuelles, des inscriptions de sûretés, l'arrêt du cours des intérêts, etc. Le législateur africain ayant accordé un traitement favorable au banquier créancier antérieur d'une entreprise en difficultés, il reste que seuls les délais imposés constituent un obstacle au financement effectif des entreprises en difficultés (1), pourtant ces délais sont imposés aux créanciers antérieurs dans le souci du redressement des entreprises (2).

1. Le banquier face aux délais imposés

453. Parmi les mesures devant figurer dans une offre de concordat, interviennent les modalités de continuation de l'entreprise telles que la demande ou l'octroi de délais et de remises[936]. Ces délais et remises peuvent être votés par les créanciers de l'entreprise ou imposés dans certains cas.

Lorsqu'ils sont votés, les concordats avec délais de paiement et remises de dette ont pour effet d'alléger la dette du débiteur principal et partant d'assurer son sauvetage sans toutefois causer un préjudice énorme aux créanciers votants. Lorsqu'ils sont par contre imposés, les délais et remises sont assez préjudiciables aux intérêts des créanciers.

Les délais peuvent, à certaines conditions, être imposés au banquier aussi bien dans le cadre du règlement préventif que dans celui du redressement judiciaire.

Il ressort en effet de l'article 15, alinéa 5 du nouvel AUPCAP que lorsque le concordat préventif comporte une demande de délai n'excédant pas deux ans, la juridiction compétente peut rendre ce délai opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai ou toute remise sauf si ce délai met en péril l'entreprise des créanciers. Les délais n'excédant pas deux ans pourront donc être imposés au banquier n'ayant pas pris part au vote et ne pouvant de ce fait exposer les risques qu'il court en observant ce délai.

De même, l'article 134, alinéa 1 du nouvel AUPCAP prévoit que le concordat de redressement s'oppose à tous les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture quelle que soit la nature de leurs créances. Toutefois, il ne sera opposé aux créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales qu'au cas où les délais n'excèdent pas deux ans et que les délais par eux consentis sont inférieurs[937]. Les délais excédant deux ans ne sauraient donc

[936] Article 7 et 27 du nouvel AUPCAP.
[937] Article 134, alinéa 2 du nouvel AUPCAP.

être imposés aux créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales. Ils ne pourront se voir opposés ces délais qu'au cas où les délais consentis par eux seront inférieurs à deux ans. Ces délais leur seront également imposés s'ils n'ont pas participé au vote du concordat alors qu'ils ont été régulièrement appelés[938]. C'est dire que le banquier titulaire d'une sûreté autre que la sûreté réelle spéciale peut se voir opposer tout concordat comportant une cession partielle d'actifs quels que soient les délais.

454. L'imposition des délais de paiement au banquier créancier antérieur de l'entreprise en difficultés ne saurait permettre le financement des entreprises en général et surtout de celles qui connaissent des difficultés. En effet, le rôle d'intermédiation financière des banques n'est pas de nature à permettre que des délais leur soient imposés[939]. Seuls les délais consentis par ce dernier devraient être pris en compte afin de faciliter leur immixtion dans le financement des entreprises en difficultés car interrogés sur les raisons de la restriction des financements aux entreprises en difficultés, les banquiers n'hésitent pas à soulever la question des délais de paiement imposés. Ces délais ont toutefois une justification légale qu'est la recherche du redressement.

2. La recherche du redressement : justificatif légal des délais imposés.

455. L'imposition des délais aux créanciers antérieurs a pour fondement la recherche du redressement de l'entreprise. Elle doit donc permettre à cette dernière de surmonter ses difficultés. Ici, l'intérêt de l'entreprise est de nature à porter atteinte aux droits des créanciers n'ayant pas accepté les propositions concordataires et même de ceux n'ayant pas pris part au vote. C'est assurément au regard des avantages d'une telle mesure que le législateur OHADA n'a pas hésité à l'adopter. En effet, le

[938] À partir du moment où ils ont été avertis de la proposition concordataire et ne répondent pas à cet avertissement conformément à l'article 120 du nouvel AUPCAP, ils sont présumés avoir accepté le concordat même s'ils n'assistent pas au vote, il faut alors leur appliquer les délais et remises du concordat.

[939] Les délais imposés au banquier produisent plusieurs effets : non seulement il ne sera pas désintéressé à la date initialement prévue, mais aussi et surtout il le sera dans les nouveaux délais résultant du concordat. Il doit se conformer à ces délais et n'a rien à dire à cet effet. Or, les délais étant le plus souvent longs, la dépréciation monétaire, s'il en survient, pourrait amenuiser, dans les proportions tout à fait regrettables sa créance. De même, les délais imposés peuvent être à l'origine des difficultés ayant entraîné l'ouverture d'une procédure collective contre une banque créancière. Rappelons que le rôle fondamental des banques dans l'économie est la collecte de l'épargne et sa redistribution sous forme de crédit. À cet effet, le banquier a pour principaux clients les déposants. Lorsque ces derniers font des dépôts, ils doivent pouvoir faire des retraits à tout moment, sans que le banquier ne leur oppose une quelconque exception. C'est d'ailleurs ce qui justifie les normes prudentielles qui lui sont imposées dans l'exercice de ses fonctions. Fort heureusement, le législateur OHADA a prévu une exception aux délais qui ne sauraient être imposés aux créanciers, s'ils sont de nature à mettre en péril leurs entreprises (article 15, alinéa5 du nouvel AUPCAP).

rééchelonnement du paiement à une date supérieure ou non à deux ans est de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise. Ces délais de paiement ont une incidence majeure sur le redressement de l'entreprise. Ils permettent au débiteur de retrouver ses chances de paiement au moment où l'exigibilité des créances est reportée à la date mentionnée dans le concordat. Ils permettent également au débiteur de bénéficier de nouveaux apports et crédits[940]. L'entreprise ayant une chance de redressement, les associés anciens et nouveaux pourront faire des nouveaux apports. Les banquiers pourront donc accorder de nouveaux crédits en vue du redressement de l'entreprise.

Les délais imposés peuvent donc contribuer au sauvetage des entreprises en difficultés. C'est d'ailleurs fort de cela que le législateur a institué une telle règle.

Toutefois, cette recherche accrue du redressement est le plus souvent entravée par l'exigence des garanties dans l'octroi du crédit.

§2. L'exigence justifiée des garanties dans l'octroi du crédit

456. L'exigence des garanties[941] est presque systématique dans la pratique bancaire contemporaine. Les garanties demeurent d'ailleurs une condition de nombreux crédits bancaires, particulièrement les crédits à moyen et long terme. Les banques sont à cet effet les principales utilisatrices des sûretés[942].

Le droit des sûretés est le droit de la méfiance ou plutôt peut être celui de la prudence[943]. Le banquier créancier ne tente-t-il pas de se prémunir contre les risques de l'inexécution d'une obligation à terme en exigeant une sûreté de son débiteur ? Augmentant ses chances de paiement à l'échéance, les sûretés apparaissent de nos jours comme un élément fondamental dans la négociation d'une opération de crédit. Leur utilité devient manifeste si on envisage la situation du créancier chirographaire[944].

---

[940] BOUCHERY (D.), « Financement, Garanties, homologation, responsabilités », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, Entreprises en difficulté Nouvel essai, Colloque Droit et commerce, Deauville, 3-4 avril 2004, p. 63.

[941] Les garanties ont pour objet de protéger les créanciers contre les risques du crédit, principalement celui de l'insolvabilité de leurs débiteurs. Les principales garanties sont les sûretés mais d'autres procédés tendent aux mêmes fins et peuvent donc aussi être utilisés par les créanciers.

[942] GALVADA (C.) et STOUFFLET (J), *Droit bancaire*, *op.cit.*, p. 477.

[943] PEDELIEVRE (S.), *Les sûretés*, *op.cit.*, p.3.

[944] Le créancier chirographaire a la faculté de poursuivre l'exécution forcée de sa créance en saisissant les biens, présents et à venir de son débiteur et en les faisant vendre (article 2092 du C. civ.). Il ressort également de l'article 2093 du C. civ. que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence. Le principe demeure

457. Outre la recherche de sécurité[945] qui est une préoccupation légitime de tout dispensateur de crédit, l'exigence de garanties par les établissements de crédit répond aux contraintes résultant des normes de gestion financière auxquelles ceux-ci sont soumis[946]. Le montant des fonds propres dont doit justifier à tout moment un établissement de crédit est calculé sur la base du montant des engagements résultant des crédits. Toutefois, les risques de crédit sont pondérés en fonction, notamment des garanties obtenues.

Les garanties, en tant qu'elles permettent à tout créancier de se prémunir contre les risques du crédit sont presque incontournables dans une opération de crédit[947] (A). Elles sont d'autant plus importantes que le crédit sera ou non octroyé en fonction de la garantie fournie ou même de l'absence de cette dernière (B).

A. Le caractère quasi impératif des garanties dans l'octroi du crédit

458. Pour renforcer sa sécurité, le banquier exige généralement que soient affectées à sa créance des garanties spécifiques de paiement[948]. Faire crédit signifie pourtant faire confiance[949]. Mais l'élément de confiance que recèle le terme crédit ne saurait protéger le créancier contre les risques du crédit. C'est assurément la raison pour laquelle cet élément de confiance qui se trouve de moins en moins dans la personne du débiteur a été progressivement déplacé pour devenir extérieur à la propre personne du débiteur, à sa

---

toujours celui de la répartition sur la base d'une contribution au prorata des créances. De ce double principe, il résulte que le créancier chirographaire subit le risque de l'insolvabilité de son débiteur. Le patrimoine de ce dernier est en perpétuelle fluctuation. Son actif et son passif varient. Il pouvait être positif lors de la souscription de l'obligation et être devenu négatif au jour du paiement de ladite obligation. Pour tenter de limiter ces inconvénients, le créancier chirographaire bénéficie de certaines actions lui permettant de surveiller le patrimoine de son débiteur. Il s'agit notamment de l'action oblique qui lui confère la faculté d'exercer au nom de son débiteur, les droits que ce dernier néglige de mettre en œuvre (article 1166 du C. civ.) et de l'action paulienne lui permettant de faire révoquer les actes d'appauvrissement effectués par son débiteur, dans le but de frauder ses droits. Ces moyens de protection restent toutefois limités à partir du moment où le créancier chirographaire risque de se trouver primer par des créanciers disposant d'un droit de préférence. C'est pourquoi bien souvent, la banque réclame une garantie particulière.

[945] Sur la sécurisation des créances bancaires, lire MILINGO ELLONG (J. J.), *La sécurisation des créances bancaires dans la sous région CEMAC,* Mémoire de DEA, Université de Douala, 2003-2004.

[946] GALVADA (C.) et STOUFFLET (J), *Droit bancaire, op.cit.*, p. 477.

[947] SIMLER (P.), « L'information de la caution », *préc*., p. 67.

[948] Sur les garanties de crédits bancaires, lire KALIEU (Y. R.), *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, Thèse précitée ; KEMBOU YMELE (B.), *Les garanties de crédits bancaires au Cameroun*, Mémoire de DEA, Université de Douala, 2003-2004.

[949] Le crédit, c'est la relation juridique et financière entre un créancier et son débiteur. Lorsqu'un crédit est accordé, il se noue un rapport durable entre les deux parties au contrat. Il repose sur la confiance envers le débiteur (« *credere* ») mais aussi sur la confiance dans les garanties accessoires de la créance. VALLENS (J.-L.), « Le sort des crédits octroyés aux entreprises en cas de procédures collectives », in LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et STORCK (M.) (dir.), *Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques*, op. cit., p. 101.

personnalité[950]. La garantie est alors devenue un élément tangible, un élément que le fournisseur de crédit peut constater et évaluer matériellement. Elle est donc devenue un instrument de financement aussi bien des particuliers que des entreprises (1) au regard de son importance qui reste indéniable (2).

1. La garantie, instrument de financement des entreprises en difficultés

459. L'utilisation de la garantie comme instrument de financement des entreprises se vérifie surtout lorsque ces dernières connaissent des difficultés. Si le banquier peut se contenter du droit de gage général pour octroyer le crédit à une entreprise dont la solvabilité lui paraît suffisante ou lorsque le crédit est d'un faible montant, une telle initiative ne saurait être prise lorsque l'entreprise est soumise à une procédure collective[951].

Dans l'octroi du crédit, le type de garantie exigé est évidemment choisi en fonction des caractéristiques du financement sollicité[952]. Certaines ont un champ d'application très large. C'est le cas notamment des sûretés personnelles[953].

Dans le domaine des sûretés réelles[954], certaines formes de garantie sont généralement réservées à un type particulier de crédit. C'est le cas de nombreux gages spéciaux dispensés de dépossession[955].

460. À côté de sûretés proprement dites, les banques ont imaginé des formes de garanties inédites propres à faciliter, à titre principal ou complémentaire, le

---

[950] KALIEU (Y. R.), *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, Thèse précitée, p. 2 ; GAST (P.), « Les meilleures sûretés face aux délais des procédures collectives (suite et fin) », *Les Petites Affiches*, n°95, 7 août 1992, p.35 ; NETTER (E.), « Les sûretés personnelles reposant sur une obligation de faire », in LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et STORCK (M.) (dir.), *Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques op. cit.*, p. 90.

[951] GARSAULT (P.), *La banque : fonctionnement et stratégies*, 2e éd., Paris, Economica, 1997, p. 33 ; LOBEZ (F.), *Finance, Banques et marchés du crédit*, Paris, PUF, mai 1997, p. 18.

[952] DESCHANEL (J.-P.), « Le financement des P.M.E. : comment en maitriser les risques », *Les Petites Affiches*, n° 27, 04 mars 1994, p. 3.

[953] Traditionnellement, les sûretés personnelles consistent dans l'engagement d'un ou de plusieurs tiers à la dette, promettant de payer le créancier au lieu et place du débiteur défaillant ou présumé tel. Le créancier conjure le risque d'insolvabilité en le répartissant sur plusieurs patrimoines. Il obtient au minimum deux débiteurs au lieu d'un, tout en restant créancier chirographaire dans le patrimoine de chacun d'eux. Les risques d'insolvabilité lors de l'exigibilité de la dette diminuent avec la multiplicité des droits de gage général. Lire à cet effet PIDELIEVRE (S.), *Les sûretés, op.cit*., p.13.

[954] Sur la question, voir ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA-SAYEGH (J.), YANKHOBA NDIAYE (I.) et SAMB (M.), *OHADA, sûretés, op. cit*.; MINKOA SHE (A.), *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, T. 2 : Les garanties réelles*, Editions Dianoïa, Paris, 2010 ; KALIEU ELONGO (Y.), *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, collection Droit uniforme, PUA, Yaoundé, 2010.

[955] Il s'agit notamment du gage sur véhicule automobile, du gage du matériel professionnel et du gage des stocks.

remboursement des crédits. Il s'agit notamment de la domiciliation (contractuellement imposée) aux caisses de la banque de certaines créances à recouvrer dont le client est titulaire, des lettres de compensation ou d'unité de compte, des différentes stipulations insérées dans la convention de crédit[956], tendant à prévenir la souscription par l'emprunteur d'engagements qui pourraient l'appauvrir ou favoriser un autre créancier. Ce genre d'engagement est connu sous la dénomination de « *sûreté négative* » ou « *économique* ». Les procédés d'assurance tels que l'assurance aval, l'assurance cautionnement, l'assurance crédit, entre autres, la clause de fidélité, la compensation, la subrogation ont également une fonction de garantie.

La gamme des moyens de garantir les crédits bancaires est donc large. Parmi ces nombreuses sûretés mises en place par le législateur OHADA ou imaginées par la pratique, nous examinerons les sûretés les plus prisées en distinguant les sûretés personnelles des sûretés réelles.

461. Parmi les deux sûretés personnelles[957] organisées par l'AUS, la plus courante pour la garantie des crédits bancaires de toutes sortes, est le cautionnement[958]. Il peut être personnel ou réel. Il ne sera toutefois traité ici que du cautionnement personnel ; le cautionnement réel [959]étant une garantie réelle accordée par un tiers et qui n'emprunte guère au cautionnement que sa subsidiarité. Ce n'est pas pour autant dire que le cautionnement réel est ignoré de la pratique bancaire. Il peut d'ailleurs, se combiner avec un cautionnement personnel. Le cumul des deux formes de cautionnement a été jugé licite[960]. Le cautionnement personnel, qui pendant longtemps avait été dans une certaine

[956] Il peut s'agir des clauses d'inaliénabilité, des prohibitions d'hypothèques et de nantissements, des interdictions de donner à bail un fonds de commerce ou un immeuble, etc. Il peut également s'agir des stipulations afférentes au droit d'information au profit exclusif de la banque.

[957] Deux principales sûretés sont réglementées en droit OHADA. L'une existait déjà dans les réglementations antérieures des États de l'OHADA et a seulement fait l'objet de quelques modifications pour l'adapter au contexte actuel de ces États, il s'agit du cautionnement. L'autre est totalement nouvelle car, si elle existait dans la pratique, elle n'était pas réglementée par les textes antérieurs : il s'agit organise de la lettre de garantie. Lire dans ce sens KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op. cit*., p. 8.

[958] KAMDEM SIMO (S.), *Assurance et cautionnement*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2013, p. v.

[959] Sur la question, lire Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Fasso), jugement n° 074 du 15mars 2006, SOMDA Jean Chistophe c/ Banque Commerciale du Burkina. Ohadata J-09-86 ; Tribunal de première instance de Cotonou, 1ère chambre civile moderne, jugement de défaut n° 21/03- 1ère CCIV du 16 avril 2003, OCKEY Gérard c/ SOUMANOU Mounirou et SOUMANOU KELANI Chakiratou. Ohadata J- 06-151 ; Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso, Juge des référés, Ordonnance du 28 avril 2006, affaire Héritiers KOTE Youssouf c/ BICIA-B. Ohadata J-08- 128 ; Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso, Juge des référés, Ordonnance du 10 février 2006, affaire KOTE Daouda et autres c/ Banque internationale pour le commerce, l'industrie et l'agriculture du Burkina (BICIA-B). Observations Professeur ISSA SAYEGH. Ohadata J-09-86.

[960] Cass. 1ère civ ; 9 Novembre 2004, *D*. 2004, Act. Jurispr. 3135.

mesure délaissé, est de plus en plus utilisé aujourd'hui[961]. Ceci s'explique par de nombreux avantages qu'il présente. Parmi ces avantages, il convient de mentionner la simplicité de sa constitution qui se réduit à la signature d'un acte, ordinairement sous-seing privé. Aucune publicité n'est imposée[962]. Son coût est donc réduit à la différence de nombreuses sûretés. De même, l'affaiblissement de certaines sûretés réelles ainsi que la paralysie de nombreuses sûretés réelles par les procédures collectives ne peuvent que favoriser son succès[963].

Les avantages qu'offre le cautionnement personnel dans l'octroi du crédit ne doivent toutefois pas conduire à négliger les risques que comporte cet instrument de financement des entreprises. S'il est vrai que cette garantie protège parfaitement les créanciers du risque d'insolvabilité et d'immobilisation de leurs créances[964], il reste tout aussi vrai que ces derniers devraient se détourner de ladite garantie pour plusieurs raisons. Les unes relèvent du caractère accessoire de l'engagement de la caution. Celle-ci peut par conséquent se prévaloir de tous les droits reconnus au débiteur contre son créancier. Les autres tiennent du fait que le cautionnement, lorsqu'il est fourni par une société est soumis à une réglementation jugée trop contraignante[965].

Ces différents risques liés au cautionnement ont conduit les créanciers à rechercher des solutions de substitution[966] en utilisant des techniques connues, telles que la solidarité[967], la délégation de créance imparfaite, la promesse de porte-fort[968].

---

[961] MONDINO (J.), et THOMAS (Y.), *le droit du crédit, op. cit.,* p. 90.

[962] Il est vrai qu'en contrepartie le bénéficiaire du cautionnement devient seulement créancier chirographaire de la caution et que sa sécurité dépend de la solvabilité de cette caution au jour de l'exigibilité de la dette garantie.

[963] Alors que le jugement d'ouverture d'une procédure collective suspend toutes poursuites individuelles à l'égard du débiteur principal, le créancier peut poursuivre la caution qu'elle soit simple ou solidaire sans que celle-ci lui oppose le bénéfice de discussion et même de division. C'est dire que le caractère accessoire du cautionnement est altéré en cas de survenance d'une procédure collective voir dans ce sens AGBENOTO (K.M.), *Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives*, Thèse pour l'obtention du diplôme de Doctorat, en droit privé, Université de Lomé, 28 novembre 2008, p. 24 et s.

[964] LEGEAIS, (D.), *Sûretés et garanties du crédit, op. cit.*, p.21.

[965] Le cautionnement doit être conforme à l'objet et à l'intérêt social et respecter certaines règles lorsqu'il est fourni par les SARL et les SA. Il s'agit pour les SARL de l'interdiction faite aux gérants et associés de la société de faire cautionner par celle-ci leurs engagements envers les tiers. L'interdiction concerne également les représentants légaux des personnes morales associées. L'interdiction s'applique aussi aux conjoints, ascendants et descendants de ces personnes ainsi qu'à toute personne interposée. Les personnes morales associées ne sont pas concernées par l'interdiction. Une SARL filiale peut aussi garantir les engagements de la société mère. Pour ce qui est de la SA, la prohibition des cautionnements souscrits au profit de certains dirigeants, l'interdiction pour la SA de consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers ainsi que la procédure d'autorisation préalable constituent les différentes contraintes inhérentes au cautionnement.

[966] SIMLER (P.), « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP*, 1990, éd.E.I-3427.

[967] La solidarité est le lien particulier entre sujets passifs (débiteurs) ou actifs (créanciers) de l'obligation. Plus précisément c'est la modalité conventionnelle ou légale d'une obligation plurale, qui en empêche la division. Elle

L'avènement de ces garanties de substitution a profondément modifié le droit des garanties personnelles[969].

462. Relativement aux sûretés réelles[970], elles permettent d'affecter un bien[971] du débiteur à la garantie de la créance et confèrent au créancier bénéficiaire un « *droit de préférence* » sur ce bien lui permettant en cas de saisie d'être payé prioritairement[972]. L'article 4, alinéa 2 de l'AUS définit de manière plus précise la sûreté réelle comme : « *le droit du créancier de se faire payer, par préférence, sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur* ». Parce qu'elles portent sur un bien, les sûretés réelles créent toujours au profit du créancier un droit sur ce bien contrairement aux sûretés personnelles où, celui qui s'engage affecte tout son patrimoine à la garantie de son engagement[973].

Le créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle devient donc titulaire d'un droit de préférence[974]. De la sorte, en cas de défaillance, il peut saisir et faire vendre le ou les biens considérés et se faire payer en priorité.

463. Si on les compare aux sûretés personnelles, les sûretés réelles présentent des avantages incontestables[975]. Ces avantages sont pour celui qui s'engage de limiter sa

---

peut donc être active ou passive. La solidarité passive est une garantie personnelle. Les codébiteurs solidaires sont tous tenus à l'égard du créancier et ce dernier peut réclamer le paiement de l'intégralité de sa créance à l'un d'entre eux. Le créancier n'a donc pas à diviser ses poursuites. La stipulation d'une clause d'indivisibilité renforce la portée de la garantie. Elle tient en effet en échec la règle formulée à l'article 1220 du C. civ. selon laquelle les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers. L'indivisibilité met donc le créancier à l'abri des risques liés au décès de l'un des codébiteurs. Lire dans ce sens LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit, op.cit.*, p.154.

968 La promesse de porte-fort est l'engagement pris par une personne, le porte-fort, de faire souscrire une convention ou de faire exécuter une prestation par un tiers. Le porte-fort est tenu d'indemniser la victime de l'inexécution si le tiers refuse de s'engager. Il est ainsi engagé directement à l'égard du bénéficiaire de la promesse. La promesse de porte-fort peut être utilisée à des fins de garantie personnelle. Le porte-fort est alors le garant.

969 Le développement des garanties de substitution est à l'origine de la réhabilitation du cautionnement.

970Plusieurs sûretés réelles permettent de garantir les crédits octroyés aux entreprises en difficultés. Les unes sont mobilières tandis que les autres sont immobilières. Parmi ces nombreuses sûretés, certaines sont plus sollicitées que d'autres en raison sans doute de leur efficacité à concourir au recouvrement de la créance. Les biens mobiliers sont de plus en plus utilisés pour garantir des crédits bancaires. Plusieurs formes de sûretés mobilières sont mises à profit par les banques. Certaines ont d'ailleurs été conçues spécialement à l'usage des organismes de crédit : c'est le transfert fiduciaire d'une somme d'argent (article 87de l'AUS). L'analyse de la nature et du régime de cette sûreté montre qu'en réalité, elle est un instrument flexible, offrant une protection très appréciable pour le créancier, sans pour autant mettre à mal le débiteur. En vue de faciliter l'obtention de certaines formes de crédit, la loi a crée un certain nombre de gage spécial sans dépossession du constituant. Les banquiers en sont les principaux bénéficiaires. Il s'agit notamment du gage sur véhicule automobile, du gage du matériel professionnel et du gage des stocks. Comme les biens mobiliers, l'hypothèque est également utilisée pour la garantie d'un crédit bancaire soit sous la forme de constitution immédiate, soit sous forme de promesse d'hypothèque, la constitution de la garantie étant différée et éventuellement laissée à la décision du préteur.

971 Immeuble, fonds de commerce, etc.

972 LEFEBVRE (F.), *Relations entreprises banques*, éd.Francis LEFEBVRE, 2003, p. 417.

973 KALIEU ELONGO (Y.), *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA, op. cit.*, p. 7.

974 Il s'agit d'un droit reconnu à certains créanciers leur permettant d'échapper au concours des autres créanciers dans la distribution du prix de vente des biens du débiteur et d'être payés avant ceux aux quels ils sont préférés.

garantie à un bien déterminé contrairement à celui qui offre une sûreté personnelle et qui engage tout son patrimoine et de pouvoir constituer plusieurs garanties sur le même bien à concurrence de sa valeur. Pour le créancier, la garantie porte sur un bien déterminé alors que celui qui bénéficie d'une sûreté personnelle doit subir le concours des autres créanciers puisqu'il n'a qu'un droit de gage général contre le garant[976]. L'avantage tient aussi en la possibilité d'évaluer la valeur du bien donné en garantie au moment de la constitution de la sûreté alors que la solvabilité de la sûreté personnelle n'est pas toujours aisée à apprécier au moment de la constitution de la garantie et à maintenir pendant la durée du crédit. De plus, en cas de survenance d'une procédure collective, certaines sûretés réelles[977] sont suffisamment protectrices des intérêts du créancier que les sûretés personnelles notamment le cautionnement qui peut se heurter à des exceptions soulevées par la caution afin de ne pas payer.

Toutefois, les sûretés réelles présentent également des inconvénients aussi bien pour le débiteur que pour le créancier.

Pour le débiteur, l'un des inconvénients des sûretés réelles tient dans leur coût de constitution qui est élevé. S'agissant particulièrement de l'hypothèque, il faut prendre en compte le coût de constitution de l'acte surtout lorsque la forme notariée est exigée, les frais d'inscription de la sûreté et éventuellement de renouvellement ou de radiation de cette inscription. Il pourrait également y avoir des frais de mainlevée d'hypothèque.

Pour le banquier créancier, les inconvénients relèvent de la dépréciation éventuelle de la valeur du bien donné en garantie entre le moment de la constitution et celui de la réalisation, des risques de détournement de l'objet de la garantie en cas d'absence de dépossession, les frais liés à la conservation du bien en cas de dépossession.

Pour limiter ces inconvénients, les banquiers dans l'octroi du crédit exigent souvent du débiteur qu'il offre plusieurs sûretés pour la garantie d'une même dette et il arrive parfois que les sûretés personnelles et réelles soient consenties pour la garantie d'une même dette. Ils se trouvent ainsi renforcés dans leur position en réduisant les risques de défaillance.

---

[975] KALIEU ELONGO (Y.), *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, *op.cit.*, p.9 ; MONDINO (J) et Thomas (Y.), *Le droit du crédit*, *op.cit.*, p.102.

[976] KALIEU ELONGO (Y.), *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, *op.cit.*, p.9.

[977] L'hypothèque, le gage, le nantissement, le droit de rétention, la réserve de propriété, la cession de créance à titre de garantie, le transfert fiduciaire d'une somme d'argent, etc.

Les garanties telles qu'envisagées ci-dessus facilitent l'obtention du crédit. C'est dire que plus on a des garanties à offrir, plus on aura des chances d'obtenir du crédit. Elles permettent, en sus du gage général, de se prémunir contre la menace du non paiement, du non paiement à l'échéance ou du paiement partiel d'une créance[978]. Leur importance pour le pourvoyeur de crédit reste donc indéniable.

2. L'importance de la garantie pour le pourvoyeur de crédit

464. Les garanties sont nécessaires à tout créancier qui entend se prémunir contre les risques du crédit[979]. Il est évident que chaque crédit octroyé représente pour le prêteur un risque plus ou moins élevé de non remboursement. En effet, si le débiteur n'est plus capable de faire face à ses engagements, il est plus que probable que le créancier ne récupère pas la totalité des fonds prêtés.

C'est pour se protéger contre ce risque que les banques et autres prêteurs veulent s'assurer de garanties suffisantes, préalablement à l'octroi d'un crédit. En cas de difficultés majeures, l'utilisation des garanties consenties doit être susceptible d'assurer le remboursement des fonds prêtés.

465. Le prêteur ne peut se satisfaire de l'incertitude. Il a besoin de garanties afin d'améliorer ses chances d'être payé car il s'expose à des risques importants.

Le premier risque est celui de l'insolvabilité de son débiteur.

Le second risque est celui lié à l'immobilisation de la créance en cas de retard pris par le débiteur pour exécuter son obligation.

Ces risques sont généralement prévisibles lorsque l'entreprise est soumise à une collective[980]. Or dans le même temps, il est de plus en plus important pour elle d'avoir accès au crédit. Garanties et crédit forment donc un couple indissociable. Le développement des premières est parallèle à l'essor constant du second[981]. Plus qu'un complément du crédit (angle sous lequel elles sont trop souvent envisagées), les garanties apparaissent comme un catalyseur, comme un moyen du crédit. Il y a confiance, donc

[978] LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, *op.cit*., p. 1.
[979] *Idem*.
[980] GERBAULT (P.), « Droit des sûretés et droit des entreprises : influences croisées », *in Revue de Jurisprudence Commerciale*, 2002, p.150.
[981] PIETTE (G.), *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles*, *op.cit*., p.17.

crédit parce qu'il y a sécurité, donc garanties[982]. Crédit et garantie sont donc deux éléments incontestablement liés, l'un étant nécessairement l'accessoire de l'autre. L'existence de l'un, le crédit dépend de l'existence de l'autre, la garantie[983]. La garantie est ainsi devenue un accessoire incontournable dans l'octroi du crédit. Incontournable pour le fournisseur de crédit car elle est devenue l'une des conditions essentielles ; incontournable pour le demandeur de crédit qui, est très souvent peu enthousiaste à solliciter le crédit en l'absence de toute garantie[984]. C'est dire l'importance de la garantie aussi bien pour l'entreprise en difficultés que pour le banquier. Non seulement les garanties facilitent l'obtention du crédit, mais aussi et surtout elles préservent les intérêts du banquier.

466. L'utilité des garanties pourrait être moindre si la situation du créancier chirographaire était satisfaisante. Mais tel n'est pas le cas. Le banquier prêteur doit donc assurer la sécurité de son financement et se ménager une possibilité de recouvrer les fonds prêtés à l'échéance convenue.

La garantie est surtout importante pour le pourvoyeur de crédit lorsqu'elle est satisfaisante[985]. La garantie est satisfaisante pour le banquier si elle le protège bien contre le risque d'insolvabilité de son client. Le banquier doit donc avoir la certitude de l'emporter sur les autres créanciers susceptibles de venir en concurrence avec lui. La garantie doit aussi le protéger contre le risque d'immobilisation de la créance. Sa mise en œuvre doit donc être rapide.

De ce qui précède, il ressort que les garanties sont essentielles dans l'octroi du crédit. C'est assurément la raison pour laquelle le crédit octroyé est généralement proportionnel à la garantie fournie. La garantie a donc un impact considérable sur le financement ; impact sur lequel il serait judicieux de s'appesantir.

---

[982] NYAMA (J.-M), *Eléments de droit des affaires Cameroun - OHADA*, *op. cit.*, p. 245.
[983] KALIEU (Y.R), *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, Thèse précitée, p.1.
[984] *Idem*.
[985] PEROCHON (F.), « Le choix des garanties efficaces », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n° 5, 01 septembre 2012, p. 321.

B. L'impact de la garantie sur le financement

467. La garantie joue un rôle important dans le financement des entreprises en général et particulièrement de celles qui connaissent des difficultés. Elle est très déterminante dans la décision du banquier à octroyer le crédit. C'est d'ailleurs ce qui permet au banquier de se déployer à fond ou non. C'est ainsi qu'il sera réticent à octroyer le financement sollicité lorsque la garantie proposée est insuffisante à assurer sa protection. Il pourra également limiter son concours à la garantie fournie (1) dans l'optique d'assurer davantage sa sécurité. Toutefois, il est des cas où le banquier, compte tenu des rapports qu'il entretient avec son client, octroie le crédit en l'absence de garantie (2).

1. La limitation du crédit à la garantie octroyée

468. La garantie est ce qui permet à un établissement de crédit de se prémunir du risque de non remboursement d'un crédit par l'emprunteur. C'est sans doute la raison pour laquelle les banques n'hésitent pas à octroyer le financement en fonction de la garantie proposée. Vue sous cet angle, la garantie peut être analysée comme une fonction inverse du problème de financement en ce sens que plus la garantie proposée est élevée, moins il se pose un problème de financement. De même, une garantie faible posera toujours un problème de financement, la préoccupation principale de la banque étant de se rassurer que les remboursements seront effectués. C'est pourquoi en général, les problèmes de financement sont dus au manque ou à l'insuffisance de garantie.

S'il est vrai que l'entreprise en règlement préventif peut, à travers les crédits à court terme, surmonter ses difficultés passagères, il n'en demeure pas moins que de tels crédits ne peuvent permettre à l'entreprise en redressement de retrouver son équilibre financier. Seuls les crédits à moyen et à long terme peuvent concourir à son sauvetage.

469. L'octroi des crédits à moyen et à long terme est soumis à des conditions très strictes parmi lesquelles la fourniture de la garantie. La garantie constitue ici la variable la plus déterminante dans l'octroi du crédit. Cela est d'autant vrai que pour ces types de crédits, la banque a besoin de se rassurer que l'entreprise s'exécutera à l'échéance. Ici, l'échéance est généralement longue -supérieure à deux ans- et marquée d'incertitudes telles que les risques concurrentiels, les risques de marchés et les risques liés à

l'environnement des affaires. C'est pourquoi la banque exige à cet effet des garanties conséquentes en vue de couvrir ces multiples risques.

470. Le problème de financement se pose aux entreprises lorsque la garantie est indisponible ou insuffisante pour couvrir le risque. Le banquier est dans ce cas contraint de refuser son concours ou de le limiter à la garantie proposée. Une telle attitude qui se justifie pourtant ne saurait favoriser le redressement de l'entreprise en difficultés. Le débiteur en difficultés étant aux abois a généralement besoin d'un certain montant pour surmonter ses difficultés. En l'absence ou en deçà de ce montant le redressement s'avère difficile.

La relation existante entre le risque de crédit et la garantie est donc une relation conflictuelle, de sorte que si le risque domine la garantie, le problème de financement se pose. Par contre, lorsque la garantie proposée est plus forte que le risque, il n'existera pas de problème de financement.

471. La garantie est matérialisée pour atténuer ou réduire le risque de crédit. Elle vient donc en diminution de celui-ci. L'entreprise en difficultés sera toujours confrontée au problème de financement toutes les fois que la garantie sera inférieure au risque auquel s'expose le banquier.

L'exigence de la garantie s'avère désastreuse pour l'entreprise en difficultés qui n'a généralement pas de garantie à même de faciliter son financement. Ceci entrainera comme conséquence l'impossibilité pour l'entreprise de surmonter ses difficultés au cas où les mesures alternatives au financement bancaire n'ont pas été prises. Malgré la priorité de paiement instituée en faveur des créanciers postérieurs de l'entreprise en difficultés, les banques sont toujours réticentes à concourir au financement des entreprises en difficultés en l'absence de garantie. Elles ont besoin de garantie afin d'octroyer leur concours. Nous pensons à cet effet que la mise en place d'un fonds de garantie à même de compenser les pertes liées au financement des entreprises en difficultés serait nécessaire. En effet, le souci de redressement des entreprises en difficultés ainsi que l'importance économique de ces dernières commandent qu'une telle initiative soit prise afin de rendre le financement bancaire effectif. Le fonds de garantie rend les risques liés à l'octroi du crédit acceptable pour les prêteurs. Le mécanisme de garantie va donc offrir un précieux potentiel permettant de mettre en exergue le

financement. Les banquiers ne seront plus réticents à octroyer le crédit aux entreprises en l'absence de garantie.

Certes, le fonds de garantie contribuera énormément au financement des entreprises en difficultés, mais ne perdons pas de vue que certaines banques, compte tenu des relations d'affaires qu'elles entretiennent avec leurs clients, octroient le crédit en l'absence de garantie.

2. La possibilité d'octroi du crédit en l'absence de garantie

472. L'exigence de garanties n'est pas systématiquement dans la pratique bancaire contemporaine. Les crédits « *en blanc* » sont courants. Tout dépend du scoring du client, de la nature des relations du banquier avec lui et de l'opération financée.

Le banquier se contente ici du droit de gage général que lui confère l'article 2093 du code civil sur l'ensemble des biens de son débiteur et surtout de la priorité de paiement des créanciers postérieurs de l'entreprise en difficultés. Une telle initiative sera certes bénéfique pour l'entreprise en difficultés qui obtiendra le financement nécessaire à son sauvetage, mais sera risqué pour le banquier à partir du moment où cette priorité de paiement s'observe essentiellement lorsque le redressement a réussi. En cas d'échec du redressement c'est-à-dire en cas de liquidation de cette dernière, le rang qu'occupe les créanciers postérieurs[986] ne saurait encourager un tel financement.

473. Le législateur OHADA, tant soucieux du sauvetage des entreprises en difficultés doit nécessairement concilier les intérêts en présence. Il doit non seulement tenir compte de la situation réelle de l'entreprise, mais aussi et surtout motiver les banquiers au financement des entreprises en difficultés en leur accordant un traitement privilégié à toutes les étapes de la procédure et même lorsqu'ils n'ont pas exigé de garanties dans l'octroi de leurs concours. C'est dire que s'il est possible pour le banquier de financer une entreprise en l'absence de garantie, ce dernier ne sera davantage galvanisé à le faire que si les mesures prises dans le cadre du financement lui sont favorables. En effet, seules les mesures favorables au banquier lui permettront de mettre en place le concours sollicité. Pour cela, plusieurs techniques sont utilisées. Il

[986] Dans la distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles, ils occupent le quatrième rang. Dans la distribution des deniers provenant de la réalisation des immeubles, ils occupent le septième rang.

conviendrait donc de les énumérer tout en insistant sur celles qui semblent les mieux adaptées aux entreprises en difficultés.

SECTION 2. LES TECHNIQUES BANCAIRES UTILISÉES

474. Les techniques bancaires susceptibles de contribuer au renflouement financier des entreprises en difficultés sont diverses[987]. C'est ainsi qu'à côté de certains crédits d'exploitation (§1) et d'investissement (§2), l'on retrouve les crédits consortiaux qui sont généralement accordés lorsque le besoin se fait sentir (§3).

§1. Les crédits d'exploitation : outils par excellence de financement des difficultés passagères de trésorerie

475. Encore appelées « *crédits courants* » ou « *crédits de fonctionnement* », les crédits d'exploitation ont pour but d'assurer l'équilibre de la trésorerie de l'entreprise. Ils servent par exemple, à couvrir un temps de stockage, un délai de fabrication ou un délai de paiement consenti aux clients et permettent ainsi de faire face aux dépenses de l'activité (salaires, loyers, etc.).

La durée de ces crédits est inférieure à deux ans avec possibilité de reconduction après réexamen par la banque de la situation financière de l'entreprise. Ils ont donc un caractère de précarité. Ils peuvent même être brutalement supprimés si l'emprunteur commet une faute lourde. À cet égard, nous pensons que même s'ils peuvent contribuer au financement des entreprises en redressement judiciaire, ils s'avèrent plus adaptés aux entreprises en règlement préventif au regard du caractère passager des difficultés.

En dehors de leur durée, les crédits d'exploitation comportent de nombreuses modalités. Dans la plupart des cas, le banquier procure ou promet de procurer à l'entreprise des espèces (A). Dans d'autres hypothèses, il ne décaisse pas normalement

[987] MARTIN (F.) et GERARDGODARD (B.), « La mobilisation des créances commerciales de l'entreprise : escompte, bordereau dailly et affacturage », *Les Petites Affiches*, n° 99, 19 mai 2011, p. 23.

des fonds et se borne à faire profiter son client de sa signature qui donne confiance aux tiers avec lesquels le client est en relation (B)[988].

A. Les crédits par décaissement

476. On appelle crédits par décaissement, les crédits accordés par une banque autorisant un client à rendre son compte débiteur[989]. Ils fonctionnent par avance en compte courant ou par ligne de crédit sur le compte en banque.

Les crédits par décaissement peuvent être accordés sous forme simple par débit en compte ou sous forme mobilisable. Ils sont généralement de courte duré (de quelques jours à quelques mois). L'entreprise qui sollicite un tel crédit ou une augmentation de ce crédit fait l'objet d'une étude de la part de la banque. Celle-ci recherche les motifs et le fondement de la demande. Elle vérifie également si les rentrées espérées permettront d'assurer la résorption permanente ou cyclique du concours demandé.

Le montant du crédit accordé peut varier en fonction de l'entreprise, des besoins, de l'objet, de la garantie accordée et même de la situation du client vis-à-vis de la banque.

477. Les crédits par décaissement ne peuvent financer qu'un déséquilibre momentané ou périodique de trésorerie. Ils ne peuvent pas financer un déficit permanent ou structurel dû à un investissement ou à une insuffisance de fonds de roulement. Ils font généralement l'objet d'une garantie telle que le cautionnement personnel des dirigeants, le nantissement du matériel professionnel, et plus rarement l'hypothèque.

Les crédits par décaissement sont techniquement très simples et vivement recherchés par les entreprises en difficultés qui peuvent ainsi faire fonctionner leurs comptes sur des bases débitrices. On distingue principalement les crédits sans mobilisation des créances (1) et les crédits mobilisant les créances (2).

1. Les crédits sans mobilisation des créances

478. La nomenclature des crédits d'exploitation sans mobilisation des créances est variée[990]. Mais, pour les besoins de la cause, nous ne retiendrons que la gamme de crédits

[988] RIPPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, T.2, L.G.D.J., 2004, p.313.
[989] BERNET-ROLLANDE (L.), *Principes et techniques bancaires*, 24e éd, DUNOD, Paris, 2006, p.272.

nécessaires au renflouement sinon des entreprises en difficultés du moins de celles qui connaissent des difficultés passagères. C'est la raison pour laquelle il serait judicieux de mettre en exergue le découvert (a), les avances ou facilités de caisse (b), le crédit de campagne (c) et l'accréditif (d).

a. Le découvert, technique par excellence de financement des besoins de roulement

479. Accordé pour une période plus longue que la facilité de caisse (de quelques mois voire un an), le découvert permet à l'entreprise en difficultés de faire face à une insuffisance momentanée de fonds de roulement. Il peut donc être autorisé dans le cas où l'entreprise est en attente d'une rentrée de fonds et qu'elle souhaite disposer à l'avance des fonds attendus[991].

Toutefois, dans la pratique, le découvert est souvent accordé pour assurer à l'entreprise un fonds de trésorerie lorsque les associés ne veulent pas ou ne peuvent pas apporter des fonds supplémentaires à l'entreprise[992]. Dans ce dernier cas cependant, la banque n'apportera la plupart du temps son concours que si elle bénéficie de bonnes garanties telles que le cautionnement des associés et dirigeants ; ces derniers devant être appelés à rembourser la banque en cas de défaillance de l'entreprise.

480. Le découvert, parfois qualifié « *d'avance en compte* » est l'outil d'ajustement essentiel des trésoreries d'entreprises. Il résulte d'une convention entre le banquier et l'entreprise et, ne fait pas toujours l'objet d'un écrit. Il est même souvent accordé sans précision de durée.

N'étant obligatoirement fondé sur un écrit, le découvert peut être dangereux pour l'entreprise en difficultés surtout s'il devient trop important ou si cette dernière commence à avoir de sérieuses difficultés. C'est, en général, dans le cas où le besoin deviendrait de plus en plus crucial pour l'entreprise que la banque aura tendance à se retirer en réduisant ou en supprimant son découvert.

481. Pouvant craindre de financer les pertes, en accordant ce crédit sans échéance précise, le banquier se montrera exigeant pour octroyer une autorisation de découvert : la

---

[990] Il s'agit notamment du découvert, des avances ou facilités de caisse, du crédit de courrier, du crédit de campagne et de l'accréditif. Le crédit de courrier s'apparentant à une aide de très courte durée de l'ordre de 24 à 48 heures ne saurait dans la plupart des cas s'adapter aux entreprises en difficultés même passagères.
[991] BERNET-ROLLANDE (L.), *Principes et techniques bancaires*, *op.cit.*, p.273.
[992] *Idem*.

situation de l'entreprise, l'ancienneté des relations avec la banque ainsi que les garanties proposées sont autant d'éléments qui seront examinés.

Le découvert présente l'avantage d'être un crédit ne donnant lieu au paiement d'intérêts que sur les utilisations réelles. Cependant, au taux du découvert s'ajoutent, lors de l'arrêté trimestriel du compte de l'entreprise « *la commission de découvert* » et la « *commission de mouvement* » de compte, ce qui accroît considérablement le coût de cette forme de crédit dont le taux d'intérêt est toujours supérieur à celui d'une facilité de caisse.

b. Les facilités de caisse : palliatifs aux décalages de trésorerie de très court terme

482. D'une durée de quelques jours, les facilités de caisse sont destinées à permettre à l'entreprise en difficultés de faire face à des décalages de très courte durée affectant sa trésorerie à certaines périodes[993].

Durant cette période, l'entreprise en difficultés qui sollicite la facilité et qui l'obtient à la possibilité de passer débiteur dans son compte[994].

Aucune garantie n'est fournie sauf exigence spéciale de la banque. Ces facilités de caisse sont des soutiens pour aider les entreprises à assurer les échéances de fin de mois. Elles compensent un décalage entre dépenses et recettes[995]. Leur remboursement ne doit à cet effet pas tarder.

483. Comme le découvert, l'opération ne donne généralement pas lieu à un contrat écrit[996]. Aussi, elle présente l'avantage d'être un crédit ne donnant lieu au paiement d'intérêts que sur les utilisations réelles. C'est sans doute ce qui a fait dire à certains auteurs qu'elle est le financement par excellence de la partie fluctuante des besoins en fonds de roulement[997]. Cependant, au taux de la facilité s'ajoute lors de l'arrêté trimestriel du compte de l'entreprise, la « *commission de la facilité* » et la « *commission de mouvement* » de compte, ce qui accroît considérablement le coût de cette forme de crédit.

[993] GALVADA (C.), et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire, op.cit.*, p.346.
[994] NYAMA (J.-M.), *Droit bancaire en zone CEMAC, op.cit.*, p.241.
[995] GALVADA (C.), et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire,* op.cit., p.346.
[996] MONDINO (J.), et THOMAS (Y.), *Le droit du crédit, op.cit.*, p.126.
[997] BERNET-ROLLANDE (L.), *Principes et techniques bancaires, op.cit.*, p.273.

Quoiqu'il en soit, dans les facilités de caisse, le concours bancaire a une affectation générale contrairement au crédit de campagne qui est destiné à la réalisation d'opérations spécifiques.

c. Le crédit de campagne : technique de financement spécialisée

484. Le crédit de campagne ou crédit de relais, est une forme de crédit spécialisée qui permet à une entreprise en difficultés de financer les besoins de trésorerie liés à une activité saisonnière.

Les difficultés de l'entreprise peuvent provenir d'un important décalage entre les dépenses qu'elle règle et les rentrées qu'elle doit avoir. Elle peut avoir ce que l'on qualifie d'activité saisonnière. C'est ainsi qu'elle peut fabriquer toute l'année et vendre sur une période courte ou bien qu'elle ne peut acheter que sur une période très courte pour vendre toute l'année.

Dans tous ces cas, l'entreprise incapable de surmonter ses difficultés demandera pour cela un crédit de campagne[998]. Une fois les besoins saisonniers de l'entreprise déterminés, la banque autorise cette dernière à rendre son compte débiteur pendant toute la durée de la campagne, pour des montants variables et calculés en fonction des prévisions du plan de l'entreprise[999]. Cette dernière devant rembourser avec les premières rentrées de cette « *campagne* » d'opérations. Les banques apportent les fonds durant le cycle d'exploitation qui sont remboursées lors de la période des ventes. Le crédit remboursé ne peut en principe être réutilisé par l'entreprise. La durée du crédit de campagne est fonction de la nature de l'activité et de la période du cycle achat-produit-vente.

485. Comme la facilité de caisse et le découvert, le crédit de campagne est le plus souvent octroyé sous forme d'avance en compte courant. Il arrive cependant que ce crédit de campagne soit débloqué sous la forme d'un prêt et porté au crédit du compte courant.

S'il est vrai qu'un tel crédit permet à l'entreprise en difficultés exerçant une activité saisonnière à se procurer des fonds nécessaires à son renflouement il n'en demeure pas

[998] [998] BERNET-ROLLANDE (L.), *Principes et techniques bancaires*, *op.cit*., p.274.
[999] NYAMA (J-M), *Droit bancaire en zone CEMAC*, *op.cit*., p.242.

moins qu'il fait courir aux banques, qui cherchent à s'en prémunir par la prise des garanties adéquates[1000], des risques liés à l'écoulement des marchandises sur le marché.

Comme le crédit campagne, l'accréditif permet également à l'entreprise en difficultés ne se procurer des fonds nécessaires à son redressement.

d. L'accréditif dans le financement d'une entreprise en difficultés

486. L'accréditif[1001] est un autre moyen pour permettre à l'entreprise en difficultés d'avoir des fonds nécessaires à sa survie sur une place commerciale. C'est la possibilité pour cette dernière de disposer des fonds dans une autre agence de sa banque ou chez un de ses correspondants. Son banquier l'accrédite auprès d'une agence ou d'un correspondant. Le client accrédité ne reçoit aucun titre ; le correspondant est avisé directement. Il n'y a donc aucun risque de détournement.

Même si elle est généralement utilisée dans le commerce international, cette technique de financement bancaire peut être utilisée sur le plan interne afin de concourir au sauvetage des entreprises en difficultés. Elle peut être simple ou permanent.

Dans l'accréditif simple, il y a débit préalable du compte avant envoi des fonds. Dans ce cas, il n'y a pas crédit.

Dans l'accréditif permanent par contre, le débit du compte a lieu après l'utilisation. Dans ce cas seulement, l'accréditif devient un crédit à part entière car il y a risque de décaissement sans contrepartie en compte[1002].

Au lieu d'immobiliser leur trésorerie par les prêts qu'elles consentent, les banques s'efforcent aussi souvent que possible de mobiliser leurs crédits à partir du moment où ces derniers leur confèrent plus de sécurité que les crédits sans mobilisation des créances.

2. Les crédits mobilisant les créances

487. Les entreprises en difficultés peuvent mobiliser leurs créances auprès de leurs banquiers qui en contrepartie, leurs accordent un crédit d'un montant équivalent, compte

[1000] Telles que le cautionnement donné par le dirigeant, le nantissement, le gage.
[1001] Il s'agit d'une lettre par laquelle une banque demande à une de ses agences ou un de ses correspondants l'ouverture d'un crédit en faveur de ses clients.
[1002] BERNET-ROLLANDE (L.), *Principes et techniques bancaires*, *op.cit.*, p.275.

tenu des frais et commissions[1003]. Les paiements émanant des clients peuvent intervenir dans un certain délai alors que l'entreprise est en difficultés de trésorerie. Un crédit peut lui être consenti en considération des créances qu'elle détient sur ses clients. Dans ce cas, l'établissement de crédit se fait transférer ces créances et consent le crédit à l'entreprise en contrepartie de leur valeur. L'entreprise se procure donc les moyens immédiatement disponibles en échange des créances à terme[1004].

488. Les crédits mobilisant les créances[1005] ont essentiellement pour objet d'anticiper le règlement des créances qui n'interviendront qu'aux termes des délais de paiement consentis[1006]. Parce que l'assise économique de ces crédits réside dans des créances mobilisées, ceux-ci donnent aux banquiers plus de sécurité que les découverts[1007] En effet, le remboursement de ces crédits sera réalisé par le remboursement desdites créances[1008].

S'il est vrai que l'assise économique ainsi que les modalités de remboursement de ces crédits participent de leur définition, il reste tout aussi vrai que deux autres éléments dont l'un n'est pas obligatoire doivent être ajoutés : d'une part, ce sont les crédits à court terme destinés à permettre aux entreprises de faire face à une insuffisance de trésorerie, d'autre part, ces crédits confèrent généralement aux banquiers un droit propre sur les créances mobilisées : il en est ainsi en cas d'escompte d'effets de commerce (a), et d'affacturage (b). Aussi pouvons-nous définir la mobilisation des créances comme un transfert de créances à titre de propriété ou de gage. On doit toutefois constater que tous les crédits mobilisant les créances n'impliquent pas un tel transfert : le crédit de mobilisation des créances commerciales (c) en est d'ailleurs une illustration. Toutes ces techniques pouvant être adaptées au financement d'une entreprise en difficultés, il conviendrait de s'y appesantir.

[1003] BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, *op. cit*., p.335.
[1004] BOSSA (G.), GABIAM (P.) et N ZOUABETH (D.), *L'entreprise et le droit*, OHADA, 2007, p.173.
[1005] Ce sont les crédits à court terme réalisés au moyen d'une mobilisation de créance et dont le remboursement est assuré par le recouvrement desdites créances.
[1006] NYAMA (J.-M.), *Droit bancaire en zone CEMAC*, *op.cit*., p.239.
[1007] BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, *op.cit*., p.335.
[1008] *Idem.*

a . L'escompte : procédé permettant de rendre liquides les créances à terme

489. L'escompte est une opération de crédit qui consiste pour le banquier à racheter à une entreprise les effets de commerce[1009] dont elle est porteuse avant l'échéance et ce, moyennant le paiement d'agios, le cédant restant garant du paiement[1010]. L'opération fait donc intervenir trois parties ; l'entreprise bénéficiaire de l'escompte, appelé le cédant, le débiteur de l'effet appelé le cédé et le banquier qui est le cessionnaire ou l'escompteur. Pratiquement, le cédant va remettre l'effet à sa banque soit en l'endossant si le nom du bénéficiaire est déjà indiqué, soit en portant comme bénéficiaire le banquier.

L'escompte porte principalement sur les effets de commerce, en particulier sur les lettres de change. Mais, il n'est limité ni aux lettres de change, ni aux effets commerciaux[1011]. Il peut également porter sur les effets financiers dont la cause consiste en une opération de crédit[1012].

Il ressort de la définition de l'escompte ci-dessus mentionnée qu'il s'agit d'une opération de crédit permettant aux entreprises de disposer immédiatement du montant de leurs créances à terme[1013]. L'entreprise en difficultés financières peut donc négocier avec sa banque une opération d'escompte sur un ou plusieurs effets dont elle est porteuse.

490. L'importance de l'escompte dans le financement d'une entreprise en difficultés se révèle dans la pratique du crédit d'escompte qui permet à une entreprise fût-elle en difficultés financières d'obtenir l'escompte des effets à hauteur d'un certain montant.

L'escompte est adapté au redressement d'une entreprise donc les besoins de trésorerie sont importants. C'est ainsi qu'une entreprise en difficultés, parce qu'ayant

---

[1009] Un effet de commerce est un titre négociable représentatif d'une créance exigible à une date déterminée. Il existe deux principaux effets de commerce : la lettre de change et le billet à ordre encore appelé traite. La lettre de change est un écrit par lequel une personne, le tireur, donne à un autre, le tiré, l'ordre de payer une certaine somme à une tierce personne, le bénéficiaire, qui peut être le tireur lui-même. Le billet à ordre quant à lui est un ordre écrit par lequel une personne, le souscripteur s'engage à payer un certain montant à l'ordre d'une autre personne.

[1010] BERNET-ROLLANDE (L.), *Principes et techniques bancaires*, *op.cit.*, p.278.

[1011] Billet à ordre, warrants, chèques.

[1012] RIPPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, *op.cit.*, pp.335-336.

[1013] MEVOUNGOU NSANA (R.), « Les particularités du contrat bancaire », in Actes du colloque international de Libreville sur « *Les pratiques contractuelles d'affaires et le processus d'harmonisation dans les espaces régionaux* », *op. cit.*, p. 128.

vendu à crédit, peut recouvrir à l'escompte afin de surmonter ses difficultés. À la suite de la remise de l'effet au banquier escompteur, celui-ci va remettre à l'entreprise le montant de l'effet. La remise du montant pourrait s'effectuer par un paiement en espèces, on parlera alors d'« *escompte par caisse* » ou même découler de l'affectation en compte courant.

491. L'escompte est intéressant pour l'entreprise en difficultés en ce sens qu'il la décharge du recouvrement de l'effet à l'échéance tout en lui permettant d'obtenir la liquidité des créances. C'est un mode de financement simple et facile car les banques accordent ce crédit rapidement et avec le minimum de formalités.

En revanche, la banque trouve dans l'opération un emploi avantageux, bien qu'elle soit de prime abord moins rentable que les crédits sans mobilisation de créance. Elle possède cependant plusieurs avantages. D'abord, l'escompte présente un moindre risque de non remboursement. Fondée sur une transaction commerciale qui trouve normalement son issue auprès de l'acheteur qui a pris livraison de la marchandise, l'opération donne à la banque un double recours, l'un contre son client en vertu du contrat d'escompte (recours en remboursement), l'autre contre l'acheteur en vertu de la créance de provision (recours cambiaire). Ensuite, il est générateur de dépôts dans la mesure où les fonds crédités au compte, non entièrement utilisés, forment les ressources au même titre que les soldes créditeurs provenant de versement d'espèces ou de remises de chèques. Enfin, il immobilise peu les fonds de la banque car sa courte durée n'excède pas 90 jours en règle générale.

S'il est vrai que l'escompte des effets de commerce est avantageux pour le banquier, il n'en demeure pas moins que ce dernier doit se garder d'escompter les effets de complaisance[1014], au risque d'être poursuivi pour imprudence ou négligence à l'égard des tiers en raison du préjudice subi du fait du crédit octroyé par l'escompte[1015].

[1014] Dans un sens large, la catégorie des effets de complaisance englobe tous les effets qui ne sont pas destinés à régler le prix d'une vente ou d'une prestation de services, et sur lesquels une personne appose sa signature pour procurer du crédit à une autre ou faciliter la circulation du papier. Dans un sens strict, ce sont des effets destinés à tromper les tiers sur les relations existant entre les signataires et qui, dans l'esprit des parties, ne doivent pas contraindre le complaisant à décaisser effectivement la somme indiquée.

[1015] La sanction des effets de complaisance varie selon que le banquier était de bonne ou de mauvaise foi. Lorsqu'il était de bonne foi, le contrat d'escompte n'est pas annulé mais l'action cambiaire du banquier est parfois privée

492. Les avantages que révèle l'opération d'escompte ne sauraient faire perdre de vue les inconvénients qui en découlent. Ceux-ci relèvent de son emploi qui est coûteux pour les banques et par conséquent pour les entreprises. Chaque opération donne lieu à la création d'une lettre de change distincte. Aux dépenses de conservation s'ajoutent les frais engagés pour recueillir éventuellement l'acceptation et ceux qu'entraîne le recouvrement. Aussi, la rigidité de l'opération ne permet pas aux entreprises d'y accéder facilement.

Malgré ces inconvénients, le rôle et l'importance de l'escompte n'ont cessé de s'accroître ces dernières années pour les PME et les PMI, qu'elles soient in bonis ou en difficultés. Il reste toutefois concurrencé par d'autres procédés comme la technique anglo-saxonne du factoring ou affacturage.

b. L'affacturage : moyen de financement simple et sécurisé

493. Aux termes de l'article 2 la loi n° 2014/006 du 23avril 2014 régissant l'activité d'affacturage au Cameroun, l'affacturage est une « *opération par laquelle, l'adhérent transfère par une convention écrite, avec effet subrogatoire, ses créances à l'affactureur, qui, moyennant rémunération, lui règle par avance tout ou partie du montant des créances transférées, tout en supportant ou non, selon la convention des parties, les risques d'insolvabilité éventuelle sur les créances cédées* ». Il en découle que l'affacturage est une technique de gestion financière, au moyen de laquelle, un client confie à un établissement de crédit, de procéder au recouvrement de ses créances[1016].

Cet outil de financement à court terme permet aux entreprises d'encaisser rapidement le règlement de leurs créances[1017]. À travers cette convention, l'affactureur réalise une opération de crédit contre transfert de factures à court terme. L'adhérent se décharge ainsi de la tâche de recouvrement de ses créances à court terme.

---

d'effet. Lorsqu'il était de mauvaise foi, le banquier s'expose à la perte de tout recours cambiaire ainsi qu'à la nullité de l'opération. Seuls restent possibles l'action en répétition de l'indu contre le crédité et l'action de in rem verso contre ce dernier qui ne saurait s'enrichir injustement à ses dépens. Lire à cet effet RIPPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial, op.cit.*, p.47.

[1016] DJOGBENOU (J.), « La réception de l'affacturage en droit OHADA des contrats », in Actes du colloque international de Libreville sur « *Les pratiques contractuelles d'affaires et le processus d'harmonisation dans les espaces régionaux* », op. cit., p. 101.

[1017] Le contrat d'affacturage concerne les créances commerciales certaines, liquides et exigibles. Toutefois, les créances émises sur les particuliers peuvent faire l'objet de contrat d'affacturage selon les modalités fixées par un texte particulier (article 3 de la loi sur l'affacturage précitée).

Cette technique de financement s'avère adaptée aux entreprises en difficultés. Il arrive souvent que l'entreprise connaisse des difficultés du fait de la complexité des opérations de recouvrement. Dans pareille hypothèse, l'achat immédiat des factures approuvées par l'affactureur revêt un intérêt certain dans la mesure où l'entreprise adhérente obtient spontanément des liquidités nécessaires à son sauvetage. Cette solution doit donc être envisagée dès lors que les sources de financement à court terme classique (découvert, escompte, etc.) ne permettent plus de couvrir les besoins de trésorerie de l'entreprise.

494. L'opération d'affacturage est précédée d'un contrat préliminaire entre l'affactureur et l'adhérent qui précise les modalités des opérations entre les deux parties : c'est le contrat d'affacturage[1018]. Cette convention permet à l'adhérent d'envoyer régulièrement à l'affactureur un double de ses factures accompagnées d'un bordereau récapitulatif, ainsi que les pièces justificatives de l'expédition, d'une demande de paiement à laquelle est jointe une quittance subrogative. Ainsi, l'opération prendra généralement naissance avant que l'entreprise ne soit soumise à une procédure collective car très difficilement le banquier passera un tel contrat avec une entreprise déjà soumise à une procédure collective. De la sorte, plutôt que de provenir des contrats nouveaux, l'affacturage proviendra généralement des contrats en cours. Or, la continuation de tels contrats est largement compromise par le caractère intuitu personae qui voudrait que les contrats conclus en considération de la personne soient exceptionnellement maintenus. Le caractère intuitu personae de l'opération d'affacturage voudrait donc qu'un tel financement ne soit maintenu que si le syndic a fourni la prestation promise[1019].

495. Au regard des avantages d'un tel financement, il conviendrait pour le syndic de fournir la prestation promise afin que l'entreprise en difficultés en bénéficie. En effet, l'affacturage est un outil de financement efficace permettant à l'entreprise d'améliorer la qualité du cycle clients en lui assurant le règlement rapide de ses créances de manière anticipative. Il s'agit d'une technique permettant d'optimiser la politique de mobilisation du crédit clients de l'entreprise, d'améliorer sa trésorerie et ainsi d'assurer son équilibre

[1018] Il ressort de l'article 5 de la Loi précitée que ce contrat est établi par acte sous seing privé ou par acte authentique. Il prend effet à compter du jour de sa signature pour les actes sous seing privé, et à compter de la date d'enregistrement pour les actes authentiques. Pour être opposable aux tiers, il doit être publié au RCCM du siège social de l'adhérent.

[1019] Article 108, alinéa 3 du nouvel AUPCAP.

financier. De plus, il s'agit d'un procédé de recouvrement des créances en ce sens que l'affactureur décharge l'entreprise adhérente du souci de recouvrement des sommes dues ainsi que de la gestion des crédits clients.

L'intérêt de l'opération réside dans la sécurité qu'elle offre aux entreprises en général et à celles qui connaissent des difficultés en particulier. Seulement, les inconvénients de cette technique de financement amenuisent son efficacité. Le principal inconvénient est le coût relativement élevé des prestations offertes par la société d'affacturage[1020]. L'entreprise doit donc bien étudier et négocier les commissions d'affacturage et de financement ainsi que les frais du dossier relatifs au contrat dans lequel elle compte s'engager. En outre, l'entreprise court le risque de dégradation de sa relation avec ses clients. En effet, la délégation de la gestion des créances à la société d'affacturage entraîne une dépersonnalisation de la relation avec les clients et peut avoir un effet négatif sur son volume de vente et donc son chiffre d'affaires. Ainsi, toute entreprise doit veiller au renforcement de ses relations avec les clients si elle entend s'engager dans un contrat d'affacturage.

L'opération d'affacturage s'avère avantageuse que l'escompte[1021] et même les crédits de mobilisation des créances commerciales (CMCC) qui peuvent également concourir au sauvetage des entreprises en difficultés.

c. Le crédit de mobilisation des créances commerciales dans le financement des entreprises en difficultés

496. Technique de mobilisation des créances instituée en vue de corriger les insuffisances de l'escompte, le crédit de mobilisation des créances commerciales permet

[1020] Ce mode de financement s'avère plus onéreux que le découvert car son coût intègre plusieurs facteurs à savoir la commission d'affacturage perçue sur le montant des factures dont le taux est de l'ordre de 5 à 10% en fonction du volume des factures et de leur risque, l'intérêt prorata temporis calculé sur le volume et la durée du financement. Il est par ailleurs constitué un fonds de garantie par prélèvements opérés sur les factures cédées jusqu'à un certain montant, qui peut être rémunéré ou non selon les termes du contrat. Lire à ce sujet TANGAKOU SOH (R.), *Le système bancaire camerounais*, Coll. ROTAS, 2007, p. 211.

[1021] L'affacturage finance les factures émises sur les clients alors que l'escompte finance les traites émises par l'entreprise sur ses clients. Avec l'escompte, il faut attendre le retour de la traite signée par le client pour obtenir le financement de la banque tandis qu'en affacturage, la remise de la créance au factor est suffisante pour déclencher le financement. Contrairement à l'affacturage, l'escompte est plafonné par une ligne de financement accordé par le banquier et renégociable régulièrement. Avec l'escompte, il n'y a pas de garantie des créances ni de recouvrement des factures. En affacturage, ces options sont proposées par le factor.

de financer après facturation un ensemble de créances regroupées parfaitement individualisées, nées pendant une période déterminée, assorti de délais de règlement.

Le crédit de mobilisation des créances commerciales peut jouer un rôle important dans le financement des entreprises en difficultés. L'entreprise en difficultés, qui a diverses créances ayant donné lieu à l'établissement de factures, regroupe les créances dans un document matérialisé par un billet à ordre qu'il remet à son banquier. En contrepartie de cette remise, ce dernier inscrit le montant du billet au compte de l'entreprise qui pourra s'en servir afin de surmonter ses difficultés.

497. Le crédit de mobilisation des créances commerciales est lié à la capacité financière de l'entreprise et à son potentiel. C'est sans doute ce qui justifie sa marginalisation comme technique de financement à court terme. Il en est ainsi alors que son coût est plus faible que celui de l'escompte. Certes, l'intérêt perçu est toujours le même, mais les commissions sont moins nombreuses parce que le banquier ne détient qu'un seul titre et non pas plusieurs comme dans l'escompte des effets de commerce. C'est davantage ce qui nous amène à dire que cette technique s'adapterait mieux aux entreprises en difficultés. Il appartiendra donc aux syndics de juger de l'opportunité d'un tel financement qui présente un avantage supplémentaire pour l'entreprise.

Cette appréciation doit cependant être relativisée pour les entreprises, le coût du recouvrement des créances s'avérant plus élevé que dans le cadre de l'escompte. Mais cet inconvénient n'explique qu'en partie le faible intérêt qu'à suscité le crédit de mobilisation des créances commerciales. Il s'explique également par la faiblesse des droits du banquier, cette opération ne lui conférant aucun droit propre sur les créances mobilisées, faute de transfert desdites créances à son profit. Même si elle apparaît assez avantageuse pour lui. En effet, le crédit de mobilisation des créances commerciales opère dissociation de l'opération de crédit et du recouvrement des créances. Ce n'est qu'exceptionnellement que le banquier peut encaisser les créances et en faire verser le montant à un compte spécial et ce, en qualité de mandataire.

498. Le banquier dispose en cas de défaillance d'un client, d'un double recours : l'un de droit commun né de l'avance consentie et l'autre cambiaire né de la souscription du billet à ordre.

Si le plus souvent la banque aide l'entreprise en mettant à sa disposition des fonds sous forme de crédits de trésorerie, elle peut aussi lui apporter son concours sous forme d'engagement que l'on qualifie de crédits par signature[1022].

B. Les crédits par signature

499. Les crédits par signature peuvent être définis comme des engagements contractés par une banque au profit de tiers à la demande d'un client ; l'essentiel réside dans le prêt de signature[1023]. Ces crédits n'impliquent aucune mise à disposition future ou immédiate de fonds[1024], ce qui les oppose aux crédits par décaissement. La banque prête alors simplement sa signature sans supporter de charge de trésorerie[1025].

Cette forme de crédit se caractérise par l'absence d'avance effective et immédiate de fonds du banquier[1026]. Ce dernier n'aura rien à verser si l'opération se déroule selon les prévisions contractuelles. C'est fort de cela que les banquiers préfèrent prêter leur signature que de remettre aussitôt des fonds aux clients emprunteurs[1027].

L'importance des engagements par signature dans le financement d'une entreprise en difficultés est indéniable. Ces crédits constituent parfois la condition sine qua none de l'obtention d'un crédit auprès d'un autre établissement. Ils restent toutefois onéreux et impliquent des relations renforcées de confiance entre le client bénéficiaire et le banquier.

Les engagements par signature se font suivant plusieurs modalités. Il conviendrait donc de les présenter (1) avant d'envisager leurs avantages et inconvénients (2).

1. Les types de crédits par signature aux entreprises en difficultés

500. La variété des crédits par signature adaptés aux entreprises en difficultés est grande. Il s'agit notamment du cautionnement bancaire (a), de la garantie autonome (b), des engagements cambiaires (c) et du crédit documentaire (d).

[1022] Toutes ces opérations sont les opérations de crédit. Il ressort en effet de l'article 6 de l'annexe à la Convention COBAC du 17 janvier 1992 que l'opération de crédit est tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend dans l'intérêt de celle-ci un engagement tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie.
[1023] BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, *op.cit*., p.386.
[1024] Mais la défaillance du client peut donner la mesure de la réalité des engagements du banquier. DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Droit bancaire, op. cit*., p. 98.
[1025] TANGAKOU SOH (R.), *Le système bancaire camerounais, op. cit*., p. 215.
[1026] GALVADA (C.), et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire, op.cit,* p.415.
[1027] *Idem.*

a. Le cautionnement bancaire : engagement subordonné à l'obligation principale

501. Le cautionnement bancaire[1028] consiste pour les banques à mettre en place des outils pour apporter les garanties nécessaires aux entreprises qui peuvent ainsi bénéficier des crédits dans un cadre plus serein et plus rassurant.

C'est un contrat par lequel la banque s'engage à rembourser le prêteur en lieu et place de l'emprunteur en cas de défaillance de ce dernier. Concrètement, la banque s'engage à payer à la place de l'emprunteur si celui-ci ne respecte pas ses obligations. Il s'agit d'un engagement lourd, qui est souvent une condition sine qua non de l'octroi d'un prêt. Cet engagement dépend toutefois du type de cautionnement choisi. Lorsque le cautionnement est simple, le banquier engage d'abord des poursuites contre l'emprunteur avant de s'adresser à la banque. Lorsqu'il est par contre solidaire, la banque qui se porte caution est engagée à payer la dette de l'emprunteur dès le premier incident de paiement. C'est dire qu'il ne saurait opposer au prêteur ni le bénéficie de discussion ni celui de division. Ce type de caution est généralement privilégié par les établissements bancaires lorsqu'ils souhaitent octroyer le crédit à une entreprise en difficultés.

En prêtant leur signature, les banques accordent en réalité des crédits à leurs clients. L'engagement de payer en lieu et place de leurs clients en cas de défaillance est synonyme d'un crédit ou d'un engagement de découvert. En effet, le risque qu'encourt une banque en octroyant sa caution est juridiquement comparable à celui contracté à l'occasion d'un contrat de prêt.

Le cautionnement bancaire est en pratique considéré comme un levier de financement efficace pour les entreprises en général et particulièrement pour celles qui connaissent des difficultés. Cette fonction peut également découler de la garantie autonome qui est un autre mode de financement adapté aux entreprises en difficultés.

[1028] Ce type de cautionnement obéit à toutes les règles générales du cautionnement commercial. Même non rémunéré, cet acte est *« intéressé »* et donc aligné sur le cautionnement commercial à titre onéreux. Ce contrat, en pratique écrit et exprès se prouve contre la banque commerçante, par tous moyens. Il est bien sûr une garantie appréciée et très souvent accompagné d'une clause dite sans concours qui donne au banquier caution une préférence sur toutes les autres cautions.

b. La garantie autonome : engagement abstrait détaché de l'obligation principale

502. Aux termes de l'article 39, alinéa 1 de l'AUS, la garantie autonome est « *l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instruction de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au bénéficiaire, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon les modalités convenues* ». L'alinéa 2 du même article définit la contre-garantie autonome comme « *l'engagement par lequel le contre-garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instructions de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au garant, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon les modalités convenues* ». Le schéma contractuel est relativement simple : une personne, le garant (le plus souvent une banque), s'engage à la demande du débiteur, le donneur d'ordre, à verser à un créancier, le bénéficiaire, une somme d'argent sur appel de ce dernier[1029].

La garantie autonome est donc constituée par l'engagement qu'assume un banquier de verser une certaine somme pour garantir l'exécution d'un contrat conclu par un client, sans pouvoir s'exonérer en règle générale, en invoquant des moyens tirés de la valeur ou des conditions d'exécution de ce contrat[1030].

Dans sa forme la plus simple, par la garantie autonome, une banque s'engage envers un tiers dit « *bénéficiaire* » à garantir une ou plusieurs obligations de son client appelé le donneur d'ordre.

Contrairement au cautionnement, sa caractéristique principale tient au fait qu'elle est indépendante de la dette principale et exclut[1031] totalement le principe de l'opposabilité

[1029] BOSSA (G.), GABIAM (P.E.) et NZOUABETH (D.), *L'entreprise et le droit OHADA*, *op.cit*., p.179.
[1030] RIPPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, *op.cit*., p.350.
[1031] Cette règle vient renforcer l'autonomie de la garantie. Elle signifie que celui qui s'engage comme garant renonce par cet engagement et d'avance à se prévaloir de tout fait susceptible d'éteindre ou de réduire son engagement et qui résulterait du contrat de base ou des faits propres à la relation donneur d'ordre/bénéficiaire. Il s'agit de toutes sortes d'exceptions telles que la nullité, la résiliation ou la résolution du contrat de base ou encore l'inexécution justifiée par la force majeure, le fait du prince ou le fait du créancier. Ne peuvent non plus être admises les exceptions tendant à l'extinction de la dette garantie comme la compensation, la novation ou la confusion. Deux exceptions uniquement sont admises. Il s'agit de l'appel manifestement abusif et de l'appel frauduleux. Lire à cet effet KALIEU ELONGO (Y.), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, *op.cit*., pp.62 et 63.

au créancier, par le garant, des exceptions existant au profit du débiteur garanti[1032]. L'obligation née de la garantie est principale et non accessoire[1033].

503. Cette forme de garantie est largement utilisée dans les relations commerciales internationales, mais il en est également fait usage dans le commerce interne[1034].

La validité de l'engagement suppose le respect d'un certain nombre de dispositions. Outre les prévisions de l'article 41, alinéa 1 de l'AUS [1035], il ressort de l'article 40, alinéa 1 de l'AUS que les garanties et contre-garanties autonomes ne peuvent être souscrites par les personnes physiques sous peine de nullité.

Cette disposition sécurise en réalité le banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficultés à partir du moment où il existe une présomption de solvabilité des personnes morales par rapport aux personnes physiques. C'est assurément la raison pour laquelle les banquiers n'hésitent pas à octroyer leurs concours lorsqu'une telle garantie est fournie.

La garantie autonome est une technique de financement des entreprises en général et de celles qui connaissent des difficultés en particulier. Ceci est d'autant plus vrai qu'elle permet à ces dernières d'obtenir des financements auprès des banques. En effet, elle présente assez d'avantages pour le banquier qui y trouve une sécurité plus renforcée par rapport au cautionnement et même aux engagements cambiaires.

[1032] Articles 29 et 41 de l'AUS.

[1033] Dans la garantie autonome, le garant ne s'engage pas à la manière d'une caution à payer la dette d'autrui ; il s'engage à payer une dette qui lui est propre, à première demande justifiée du bénéficiaire de la garantie. Alors que le cautionnement est un engagement accessoire à l'obligation cautionnée, la garantie autonome est indépendante de l'obligation principale. L'objectif recherché par le bénéficiaire de la garantie est clair : le garant est tenu de s'exécuter quels que soient les évènements qui affectent le contrat principal.

[1034] À l'occasion d'une opération internationale - la vente par exemple -, le créancier bénéficiaire va exiger afin de renforcer sa position, que l'engagement soit émis non par une banque de la nationalité du donneur d'ordre, mais par une banque de sa propre nationalité. Une telle banque acceptera rarement de garantir un débiteur étranger dont elle ignore tout. Le plus souvent, le donneur d'ordre s'adressera à sa propre banque nationale en lui demandant de mettre en place la garantie exigée par le bénéficiaire.

[1035] Aux termes de cet article, la garantie et contre-garantie autonomes ne se présument pas. Elles doivent être constatées par écrit mentionnant, à peine de nullité :

- La dénomination de garantie ou de contre-garantie autonome ;
- Le nom du donneur d'ordre ;
- Le nom du bénéficiaire ou du contre-garant ;
- La convention de base, l'acte ou le fait, en considération desquels la garantie ou la contre-garantie autonome est émise ;
- Le montant maximum de la garantie ou de la contre-garantie autonome ;
- La date ou le fait entraînant l'expiration de la garantie ;
- Les conditions de la demande de paiement s'il y a lieu ;
- L'impossibilité, pour le garant ou le contre-garant, de bénéficier des exceptions de la caution.

Ce formalisme vise sinon à éviter, du moins à limiter, les nombreuses contestations résultant de la rédaction du contrat.

c. Les engagements cambiaires : engagements à titre de débiteur principal ?

504. Pour faciliter à son client soit la livraison[1036] de marchandises, soit l'octroi[1037] du crédit par une autre banque, le banquier peut accepter ou avaliser un effet de commerce tiré par son client en s'engageant de ce fait à payer à l'échéance. Il est d'ailleurs fréquent qu'un banquier appose sa signature sur un effet de commerce, comme avaliste, ou comme tiré accepteur.

L'aval résulte d'une signature apposée au recto d'une lettre de change ou d'un billet à ordre[1038]. C'est la garantie donnée par une personne que l'effet sera payé à l'échéance[1039]. Cette dernière garantit en principe le paiement de la dette entière du débiteur cautionné, et l'on admet généralement qu'il garantit l'acceptation de la traite comme son paiement. Il s'analyse en un cautionnement solidaire soumis de surcroît aux règles cambiaires.

505. Puisqu'il n'intervient que pour cautionner l'engagement du débiteur garanti, le donneur d'aval est tenu à l'égard du porteur à qui il a promis un cautionnement valable, en principe, de la même manière que celui dont il s'est porté garant[1040]. Il en résulte que le donneur d'aval peut opposer au porteur les exceptions inhérentes à la dette et se décharger, par application de l'article 2037 C. civ.[1041]. C'est ainsi qu'il peut établir qu'il n'a pu être subrogé dans les droits du porteur, pour l'exercice de ses recours contre le débiteur garanti, par suite d'une faute du porteur. Mais dès lors que le donneur d'aval est tenu cambiairement, il est soumis en même temps à la réglementation spéciale des effets de commerce, notamment au principe d'indépendance des signatures dans la mesure indiqué par l'article 100, alinéa 7 du Règlement n° 2/03-CEMAC-UMAC-CM du 04 avril

---

[1036] Pour permettre à son client de s'approvisionner en bénéficiant de la confiance de ses fournisseurs, le banquier pourra accepter ou avaliser un effet tiré par le vendeur.

[1037] Le banquier qui souhaite soutenir une entreprise dans la gestion de sa trésorerie peut se trouver dans l'impossibilité de lui octroyer des fonds nécessaires à cet effet. L'entreprise pourra trouver un autre banquier qui acceptera le décaissement des fonds à condition d'être couvert par une autre banque.

[1038] L'institution est de nos jours de pratique fort répandue. Les banquiers, considérés comme les créanciers principaux des entreprises, exigent fréquemment que les effets représentant leurs crédits soient avalisés par une personne qui garantit la signature du crédité.

[1039] Aux termes de l'article 100, alinéa 2 du Règlement n° 2/03-CEMAC-UMAC-CM du 04 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement, cette garantie est fournie par un tiers ou même par un signataire de la lettre de change.

[1040]Article 100, alinéa 6 du Règlement n° 2/03-CEMAC-UMAC-CM du 04 avril 2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement.

[1041] RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, p. 57.

2003 relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement, aux termes duquel « *son engagement est valable, alors même que l'obligation qu'il a garantie serait nulle pour toute cause autre qu'un vice de forme* ». Par application de ce texte, le donneur d'aval reste obligé même au cas où le débiteur principal serait incapable ou aurait donné un consentement vicié, sauf si le paiement est réclamé par un porteur de mauvaise foi, qui ne mérite pas protection. Il est à noter toutefois que l'article100 alinéa 7 vise seulement les causes de nullité qui affectent l'obligation garantie.

Quand il paye l'effet, le donneur d'aval acquiert les droits résultant de l'effet contre le garanti et contre ceux qui sont tenus envers ce dernier en vertu de l'effet[1042]. Il peut donc exercer les recours que le débiteur garanti aurait pu exercer s'il avait lui-même effectué le paiement.

506. Relativement à l'acceptation, elle s'entend d'un engagement pris par le tiré de payer la traite à l'échéance. L'engagement résulte de la signature que le tiré appose sur le titre. Dans le crédit d'acceptation, le banquier joue le rôle de tiré. Par l'acceptation, il s'oblige à payer l'effet à l'échéance[1043]. Cette acceptation n'est pas de pure complaisance, auquel cas l'opération serait frauduleuse[1044]. Bien qu'il n'engage que sa signature, on est quand même en face d'un crédit puisque le tireur pourra très facilement escompter une traite acceptée par une banque.

Aussi, l'acceptation est donnée parce que le banquier ouvre un crédit à son client : l'ouverture de crédit sert de provision à la traite[1045]. Mais le crédit n'est pas réalisé, immédiatement. C'est seulement à l'échéance de la traite que le banquier fera, s'il est tenu de la payer, une avance de fonds

507. À défaut donc de paiement à l'échéance, le porteur aura contre le banquier tiré une action personnelle résultant de la traite pour tout ce qui peut être exigé (le montant de la traite non payé avec les intérêts s'il en a été stipulé, les intérêts au taux légal à partir de

[1042] Article 100, alinéa 8 du Règlement n° 2/03 précité.
[1043] Article 98, alinéa 1 du Règlement n° 2/03 précité.
[1044] RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial, op.cit.*, p.346.
[1045] Il n'est donc pas à supposer que le tiré s'engage sans cause. L'acceptation fait présumer qu'il a une provision. Elle suppose d'ailleurs la provision aux termes de l'article 86, alinéa 4 du Règlement n° 2/03 précité. Elle en établit la preuve à l'égard des endosseurs (article 86, alinéa 5 du Règlement n° 2/03).

l'échéance, les frais du protêt, etc)[1046]. Le banquier ne pourra refuser de payer le porteur, s'il est de bonne foi, à raison de la nullité ou de l'extinction de la créance du tireur[1047]. C'est dire que l'opération produit la purge des exceptions que le tiré pouvait opposer au tireur pour refuser le paiement de sa dette. Cette inopposabilité des exceptions se rattacherait sans doute de l'effet novatoire de la délégation. Il est une autre explication beaucoup plus simple. C'est que la dette cambiaire du tiré accepteur envers le porteur résulte de la signature de la traite, qui constitue, à l'égard des tiers, une apparence détachée de l'acte de volonté qui l'a engendrée.

Quoiqu'il en soit, si l'opération se déroule normalement[1048], le banquier tiré n'aura rien à payer. Il n'aura donc donné qu'une signature d'acceptation exactement comme s'il avait donné un aval ou un crédit documentaire.

d. Le crédit documentaire : un engagement mixte

508. Le crédit documentaire[1049] est une opération par laquelle une banque (appelée banque émettrice ou banque apéritrice) accepte, à la demande d'un acheteur (appelé donneur d'ordre), de mettre les fonds à la disposition du vendeur (appelé bénéficiaire), contre remise de documents constatant la bonne exécution de la vente[1050].

Lors de la conclusion de la vente, acheteur et vendeur se mettent d'accord sur les conditions de paiement de l'opération. L'acheteur demande à sa banque d'ouvrir un crédit au profit du vendeur. Si la demande de crédit est acceptée, la banque le notifie au vendeur en lui faisant parvenir une lettre de crédit dénommée accréditif. Le crédit documentaire est alors ouvert et les fonds seront versés au vendeur sur présentation des documents justificatifs prévus par la lettre de crédit : la lettre de transport, le certificat de qualité de marchandise, la police d'assurance, le connaissement, le contrat commercial, etc[1051].

[1046] Articles 98, alinéa 2 et 125 du Règlement n° 2/03précité.
[1047] RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, *op.cit*., p. 55.
[1048] L'opération se déroule normalement lorsque le tireur ne fait pas présenter la traite au paiement.
[1049] Selon la forme, le crédit documentaire peut être révocable ou irrévocable, notifié ou confirmé. Il est révocable si le banquier peut revenir sur ses engagements et irrévocable au cas contraire. Il est notifié lorsque seul le banquier émetteur est engagé et confirmé lorsque son engagement est conforté par celui d'un banquier correspondant. TANGAKOU SOH (R.), *Le système bancaire camerounais*, op. cit., p. 267.
[1050] BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, *op.cit.*, p. 386.
[1051] BERNET-ROLLANDE (L.), *Principes et technique bancaire*, *op. cit*., p. 344.

509. En tant qu'il facilite l'exécution d'une vente, le crédit documentaire a pour première fonction d'en assurer le règlement : c'est un moyen de paiement. Mais du fait de l'intervention d'une banque dans ce règlement, il a également une fonction de garantie en raison de la sécurité qu'il procure au vendeur[1052]. Cette sécurité est en effet un besoin des parties parce qu'en général, le vendeur se dessaisit des marchandises avant le paiement et l'acheteur accepte le règlement avant d'avoir reçu la livraison de celles-ci[1053]. Aussi, l'intervention de la banque permet-elle d'assurer à l'acheteur que les fonds ne seront remis qu'après vérification des documents[1054] constatant la bonne exécution de la vente par le banquier et au vendeur qu'il sera réglé s'il satisfait aux conditions présidant à la remise de ceux-ci[1055].

La réalisation du crédit exige donc du banquier qu'il procède à un contrôle purement formel, littéral, mais approfondi des documents[1056]. Il doit exiger tous les documents énumérés dans la lettre de crédit, du type défini dans la lettre, et apparemment réguliers[1057]. Toutefois, il n'a pas à vérifier la conformité des documents avec les marchandises livrées[1058]. Si les documents sont incomplets, irréguliers ou présentés tardivement, il doit les rejeter et refuser l'exécution, en notifiant immédiatement au remettant les justifications alléguées au soutien de son refus[1059]. Dans le cas contraire, il réalise le crédit promis conformément aux mentions de la lettre de crédit.

510. Dans la réalisation du crédit documentaire, le banquier ne peut opposer au bénéficiaire, ni de manière spontanée, ni à la demande du donneur d'ordre, aucune

---

[1052] GALVADA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire*, *op.cit.*, p. 458.

[1053] Par un tel mécanisme, très usuel, il s'agit de surmonter les méfiances réciproques des acteurs du commerce international qui se connaissent peu. LEFEBVRE (F.), *Relations entreprises banques*, *op. cit.*, p. 389.

[1054] Les documents présentent une grande importance dans le fonctionnement du crédit documentaire car c'est leur remise qui permettra la réalisation du crédit qui opère dans le même temps le règlement de la vente. Parce qu'ils informent le banquier de la bonne exécution de celle-ci, ils constituent le lien entre le contrat de base et le crédit documentaire.

[1055] BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, *op.cit*., p.387.

[1056] RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, *op.cit*., p. 377.

[1057] *Idem.*

[1058] C'est ce qui a fait dire à un auteur que la vérification devant être faite par le banquier a une portée limitée car ce dernier vérifie seulement si les documents présentent une apparence de conformité avec ceux énumérés dans la lettre de crédit. Il s'agit donc d'un contrôle formel qui exclut la prise en considération des marchandises auxquelles les documents peuvent se rapporter ainsi que les autres conventions, en particulier la convention conclue entre le donneur d'ordre et la banque émettrice : il importe donc peu que les marchandises soient défectueuses ou que les documents énumérés dans la lettre de crédit ne soient pas conformes à ceux énumérés dans la convention conclue entre le donneur d'ordre et la banque émettrice. BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, *op.cit*., p.396.

[1059] Au lieu de rejeter les documents irréguliers, la banque, lorsqu'il s'agit d'une irrégularité apparemment anodine, consent parfois un paiement sous réserve, c'est-à-dire sous condition de ratification par le donneur d'ordre.

exception tirée du contrat commercial de base[1060]. Ainsi, le banquier ne peut-il résister à la demande d'exécution du crédit documentaire en invoquant la nullité, l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat commercial. Il est également privé du droit d'opposer au bénéficiaire du crédit les exceptions tirées de ses relations avec le donneur d'ordre[1061].

Le banquier émetteur qui a honoré le crédit dispose d'un recours contre le donneur d'ordre[1062] ; recours qu'il peut exercer dès le jour du paiement, à moins qu'une convention entre les intéressés prévoit un remboursement l'émetteur différé. Ce recours, quel qu'en soit le montant, est toutefois subordonné à la condition que le crédit ait été réglé en conformité avec les instructions du donneur d'ordre et, en particulier, que les documents remis par le bénéficiaire soient réguliers.

Si le crédit a été payé par un banquier correspondant, confirmateur ou non, ce dernier dispose d'un recours contre l'émetteur à la seule condition que les documents soient réguliers et qu'ils soient transmis à l'émetteur[1063].

511. L'entreprise en difficultés peut solliciter un crédit documentaire afin de surmonter ses difficultés. Un tel crédit s'avère d'ailleurs nécessaire lorsque cette dernière entend faire des importations au moment où ses ressources financières ne peuvent lui permettre d'atteindre un tel objectif. Seulement, le banquier qui entend consentir un tel crédit doit s'armer au regard de la situation de l'entreprise. Il doit en effet vérifier la régularité des documents reçus à cet effet. C'est dire qu'il doit s'assurer de leur conformité aux termes de l'accréditif avant d'octroyer ledit crédit. Ceci est d'autant plus important que s'il règle l'exportateur alors que les documents ne sont pas conformes, il ne pourra pas se faire rembourser par l'importateur[1064].

Même si l'octroi d'un crédit documentaire peut s'avérer difficile lorsque l'entreprise est soumise à une procédure collective, il n'en demeure pas moins que le banquier compte tenu des relations qu'il entretient avec son client lui en accorde afin qu'il passe le cap difficile.

[1060] GALVADA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire*, *op.cit.*, p. 465.
[1061] *Idem.*
[1062] BERNET-ROLLANDE (L.), *Principes et technique bancaire*, *op. cit.*, p.346 ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, *op.cit.*, p. 379 ; BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, *op.cit.*, p.400.
[1063] RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, *op.cit.*, p. 379 ; BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, *op.cit.*, p.400.
[1064] BERNET-ROLLANDE (L.), *Principes et technique bancaire*, *op. cit.*, p. 346 ; LEFEBVRE (F.), Relations entreprises banques, *op. cit.*, p. 391-392.

Bien que se caractérisant par l'absence d'avance effective et immédiate de fonds, les crédits par signature peuvent énormément contribuer au renflouement financier des entreprises en difficultés. Ces crédits présentent plusieurs avantages même si certains inconvénients peuvent être relevés.

2. Les avantages et les inconvénients des engagements par signature

512. Les crédits par signature présentent les avantages et les inconvénients aussi bien à l'égard de l'entreprise en difficultés (a) que du banquier (b).

a. L'entreprise en difficultés et les crédits par signature

513. Les crédits par signature ont l'avantage de permettre une meilleure gestion de la trésorerie. Les coûts financiers sont généralement moindres. En outre, les engagements pris par la banque valorisent l'image de marque de l'entreprise. Les tiers pourront à travers un crédit par signature accordé à une entreprise en difficultés lui faire confiance et contribuer par voie de conséquence à son redressement.

Ces avantages ne sauraient toutefois faire perdre de vue les inconvénients pouvant se dégager d'un tel financement. En effet, les engagements par signature entraînent le paiement des commissions même en cas de non utilisation. Ils nécessitent pour leur mise en place que l'entreprise apporte des garanties. Or, l'entreprise en difficultés n'a généralement plus de garantie à même de couvrir un tel crédit. Ils sont parfois mis en place contre blocage de fonds. Ce qui ne pourra profiter à l'entreprise qui a besoin des fonds pour surmonter ses difficultés. Si un tel blocage constitue un inconvénient pour l'entreprise en difficultés, force est de dire qu'il constitue plutôt un avantage pour le banquier signataire.

b. Le banquier et les crédits par signature

514. Au moment de sa mise en place, un crédit par signature évite toute sortie de fonds. Il évite les contraintes en cas d'encadrement du crédit et permet la perception de commissions. De plus, le banquier est subrogé dans les droits du créancier bénéficiaire.

Relativement aux inconvénients, il convient de relever que le risque est difficile à évaluer et le suivi des engagements lourd à gérer.

Quoiqu'il en soit, les crédits d'exploitation sont généralement octroyés aux entreprises qu'elles soient in bonis ou en difficultés. Cependant, s'il est vrai qu'ils peuvent contribuer au renflouement financier des entreprises soumises à une procédure de règlement préventif ou de redressement judiciaire, il reste tout aussi vrai que plus que ces crédits, les crédits d'investissement constituent la source idéale de financement des entreprises en difficultés.

§2. Les crédits d'investissements : source idéale de financement des entreprises en difficultés

515. Dans le cadre de leur développement, les entreprises peuvent avoir besoin d'investir notamment pour renouveler ou accroître leur capacité de production ou de productivité ; ce qui les amène à rechercher des financements appropriés[1065]. Pour ces besoins d'investissement, la banque propose des crédits sur une période allant jusqu'à sept ans pour les emprunts à moyen terme et au-delà pour les emprunts à long terme. Ces crédits sont qualifiés de crédits d'investissement. Ceux-ci s'entendent des crédits qui permettent aux entreprises d'acquérir des équipements, des biens et des matériels à leur création ou en vue de développer leur activité. Les ressources dégagées par le fonctionnement de ces biens acquis contribueront au remboursement des crédits.

Les crédits d'investissement peuvent s'avérer nécessaires voire indispensables au redressement d'une entreprise. Une exploitation économique peut être en difficultés parce que son plan d'investissement n'a pas atteint son apogée par manque ou insuffisance de moyens financiers. En pareille hypothèse, investir dans un secteur promoteur paraît idoine pour l'entreprise. Seulement, au regard des contraintes inhérentes à l'activité bancaire, un tel crédit qui paraît pourtant idéal sera difficilement octroyé à une entreprise en difficultés. En effet, la banque octroiera difficilement un tel crédit s'il s'avère que l'entreprise ne dispose pas un minimum de fonds propres. Aussi, les banques demandent généralement les garanties pour accorder ces prêts.

Concernant les crédits d'investissement distribués par les établissements de crédit au Cameroun, il conviendrait de distinguer les crédits classiques (A) du crédit-bail (B).

[1065] TANGAKOU SOH (R.), *Le système bancaire camerounais*, *op. cit.*, p. 213.

A. Les financements à moyen et à long terme classiques

516. Au-delà des crédits à court terme, c'est-à-dire de moins de deux ans, les entreprises en difficultés peuvent préférer recourir aux crédits à moyen[1066] ou à long terme. Pour les premiers, il s'agit des crédits alloués pour une durée variant de deux à sept ans tandis que les seconds sont constitués des financements au-delà de sept ans[1067].

Au regard de leur durée, les crédits à moyen et à long terme peuvent efficacement contribuer au redressement d'une entreprise en difficultés. Seulement, ces crédits seront difficilement octroyés à une entreprise en difficultés étant entendu qu'il est tenu compte de la capacité de l'entreprise à dégager des ressources suffisantes pour permettre un remboursement harmonieux du crédit en même temps qu'il lui est demandée de fournir un apport personnel de l'ordre de 20 à 30%[1068]. De plus, l'aversion des banques pour le risque est démontrée par leur préférence pour les crédits à court terme, bien que l'on ne doive pas exclure la contrainte liée au fait que les dépôts des banques sont principalement à vue donc à court terme[1069]. Les crédits à moyen terme sont toutefois accordés aux grandes entreprises, qu'elles soient parapubliques ou privées, les PME/PMI n'ayant bénéficié que marginalement des crédits dans la CEMAC.

517. Les banques prêtent plus souvent à court et moyen terme qu'à long terme pour des raisons évidentes. En effet, pour prêter à long terme, il faut disposer des ressources longues sinon le banquier prendrait un risque inconsidéré d'immobilisation sur un terrain beaucoup plus éloigné que l'échéance moyenne des dépôts à terme. En réalité, le

---

[1066] Dans la catégorie des crédits à moyen terme, on retrouve les crédits mobilisables et les crédits à moyen terme non mobilisables. On entend par crédits à moyen terme mobilisables, des crédits consentis par les banques sur leurs fonds propres répondant à certains objectifs et à certaines conditions techniques et qui peuvent être refinancés par la banque centrale ou des organismes spécialisés. Les crédits à moyen terme non mobilisables quant à eux constituent la forme la plus simple des crédits à moyen terme. Il s'agit des prêts consentis par les banques ou établissements spécialisés qui se procurent les ressources nécessaires par des augmentations de capital, l'émission d'obligations ou de bons de caisse des dépôts à terme. MONDINO (J.) et THOMAS (Y.), *Le droit du crédit, op.cit.*, p..129 ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial, op.cit.*, p.359.

[1067] EBER (N.), *Les relations à long terme banque entreprise*, *op. cit*., p. 7.

[1068] TANGAKOU SOH (R.), *Le système bancaire camerounais*, *op. cit*., p. 213.

[1069] Les banques sont des entreprises qui collectent auprès du public des dépôts de fonds et qui emploient ces ressources pour réaliser des opérations de crédit. Les banques et notamment les banques de dépôts qui sont les plus nombreuses et les plus importantes, disposent surtout des ressources à court terme provenant des dépôts de leur clientèle. Conformément aux règles de saine gestion financière, ces ressources ne doivent pas être immobilisées, c'est-à-dire employées dans des crédits à moyen et à long terme. Or les entreprises ont un important besoin de ressources, notamment à moyen terme pour financer leurs équipements (matériel et outillage). L'inadéquation des besoins financiers des entreprises aux possibilités des banques risque de gêner le développement économique du pays en réduisant le volume des investissements productifs des entreprises.

financement des investissements à long terme a toujours été un domaine spécifique, hors champ des banques commerciales, domaine réservé à des établissements de crédit spécialisés tels que le crédit foncier du Cameroun.

Bien que cette situation puisse en partie s'expliquer par la nature des dépôts bancaires qui justifie l'aversion des banques pour le risque, force est de constater que de nombreuses contraintes touchant à la solvabilité de la clientèle des banques sont de nature à les inciter à accorder des crédits.

518. Ces crédits peuvent concerner l'acquisition d'un matériel nécessaire à l'exploitation de l'entreprise mais aussi des constructions d'usine ou d'un immeuble dont la nécessité est avérée[1070]. De la sorte, ils s'avèrent pertinents dans le financement d'une exploitation dont les difficultés relèvent de la défectuosité des machines industrielles par exemple. Ils sont généralement moins onéreux que les crédits à court terme, à cause du taux d'intérêt inférieur d'environ deux points du taux débiteur maximum d'une part, et en raison de la taxe sur la valeur ajoutée dont le taux appliqué est moindre (8,8%) que celui appliqué sur les crédits à court terme (19, 25%) d'autre part[1071].

Plus que les crédits à moyen et à long terme classiques, certains crédits d'investissement parce que originaux s'avèrent aussi intéressants. C'est le cas du crédit-bail dont l'octroi dans le cadre d'un redressement peut être salutaire.

B. Le crédit-bail ou leasing

519. Le crédit-bail ou leasing[1072] est une opération de crédit à moyen ou long terme qui permet à une personne appelée crédit-bailleur d'acquérir des biens qu'elle loue à un locataire appelé crédit-preneur avec possibilité pour ce dernier d'acquérir la propriété du

[1070] TANGAKOU SOH (R.), *Le système bancaire camerounais*, *op. cit.*, p. 214.
[1071] *Idem.*
[1072] La validité de l'opération est soumise au respect de certaines conditions de fond et de forme. Comme conditions de fond, la formation du crédit-bail suppose naturellement que le contrat de crédit-bail lui-même soit conclu, de même que le contrat d'achat portant sur le bien objet de l'opération. À cet égard, n'importe quel bien mobilier semble pouvoir faire l'objet d'un contrat de crédit-bail, qu'il soit corporel (un ordinateur) ou incorporel (un fonds de commerce). En revanche, n'importe qui ne peut habituellement pratiquer des opérations de crédit-bail. L'activité est en effet réservée à des entreprises commerciales agréées en qualité d'établissement de crédit. Relativement aux conditions de forme, afin que les créanciers du crédit-preneur ne soient pas induits en erreur sur l'état du patrimoine de leur débiteur, un système de publicité des contrats de crédit-bail est mis en place. Le contrat de crédit-bail doit être publié à la requête du crédit-bailleur au RCCM. À défaut, le crédit-bailleur ne peut opposer son droit de propriété aux créanciers ou ayants-cause à titre onéreux du crédit-preneur, sauf mauvaise foi de ceux-ci. Pour cela, il est établi sous forme écrite, soit par acte sous-seing privé, soit par acte notarié (article 4. 1° loi n° 2010/020 du 21 décembre 2010 portant organisation du crédit-bail au Cameroun).

bien à la fin de la période de location[1073]. Il peut être mobilier ou immobilier. Il est mobilier lorsqu'il porte sur des biens constitués par les équipements du matériel et/ou de l'outillage nécessaires à l'activité du crédit-preneur[1074] ; et immobilier lorsqu'il porte sur les biens immeubles construits ou à construire pour les besoins professionnels du crédit-preneur[1075]. Il apparaît ainsi que tous les meubles et immeubles ne peuvent pas faire l'objet d'un crédit-bail[1076]. La qualification de crédit-bail est réservée aux contrats portant sur les biens ayant un caractère ou une finalité professionnelle[1077].

Contrairement au législateur français qui a prévu les deux formes de crédit-bail[1078], le législateur africain ne semble avoir organisé que le crédit-bail mobilier. Le législateur national l'a toutefois consacré dans la loi n°2010/020 du 21 décembre 2010 portant organisation du crédit-bail au Cameroun[1079].

520. Relativement au crédit-bail mobilier, il se réalise par la combinaison de plusieurs techniques contractuelles. Un client s'adresse à une entreprise de crédit-bail qui est un établissement financier, dûment habilitée pour obtenir un matériel d'équipement qu'il ne peut pas payer comptant et dont il n'entend pas acquérir la propriété, au moins dans l'immédiat[1080]. L'entreprise achète le matériel décrit par le client pour le donner en location à celui-ci. L'établissement financier est le crédit-bailleur ou bailleur et le client le locataire ou crédit-preneur. Ce dernier paiera en contrepartie de la mise à la disposition du matériel un loyer et bénéficiera de la possibilité de devenir propriétaire à l'issue de la période de location. Le fait pour l'établissement financier de rester propriétaire de la chose louée sert de garantie pour le remboursement des sommes dues.

[1073] KALIEU ELONGO (Y.), *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, *op. cit.*, p.200.
[1074] Article 3 de la loi nº 2010/020 du 21 décembre 2010 portant organisation du crédit-bail au Cameroun.
[1075] *Idem.*
[1076] JIOGUE (G.), « Le crédit-bail », in Actes du colloque international de Libreville sur « *Les pratiques contractuelles d'affaires et le processus d'harmonisation dans les espaces régionaux* », *op. cit.*, p. 92.
[1077] *Idem.*
[1078] BRETZNER (J.-D.), « L'article 60, alinéa 2 de la loi bancaire est-il applicable au contrat de crédit-bail ? », *Les Petites Affiches*, n°82, 9 juillet 1993, p. 18 ; CARBONIER (D.), « Le crédit-bail : du bail au crédit », *Defrénois*, n° 19, 15 octobre 1991, p. 1025.
[1079] Au Cameroun, l'opération est pratiquée par les sociétés telles que la Société Générale des Banques au Cameroun (SGBC), la Société Camerounaise d'Equipement (SCE), le Crédit Foncier du Cameroun (CFC), la Société Nationale d'Investissement (SNI), la Société Camerounaise de Crédit Automobile (SOCCA), la Société de Recouvrement des Créances du Cameroun (SRC), etc.
[1080] RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, *op.cit*., p.366.

L'opération est à la fois un mécanisme de garantie et une technique de financement[1081]. En tant que technique de financement, l'opération peut contribuer au redressement des entreprises en difficultés[1082].

521. Une entreprise peut connaître des difficultés financières parce que ses investissements sont insuffisants et par conséquent affectent le développement de sa production. Il en est ainsi lorsque l'entreprise manque de biens d'équipement sans avoir les fonds nécessaires à cet effet. En pareille hypothèse, la société désireuse s'équiper peut recourir au crédit-bail mobilier. L'achat du matériel par l'établissement financier représente une forme de prêt accordée à l'entreprise[1083].

Pour l'entreprise en difficultés, locataire, cette forme de crédit est plus avantageuse que les autres pour plusieurs raisons : absence de lourdeur des formalités, non limitation du montant du crédit, non exigence d'un apport personnel de fonds propres, jouissance immédiate de la chose, avantages sur le plan fiscal, même si ces avantages sont encore en deçà de ceux escomptés. Par ailleurs, les vendeurs y trouvent leur compte dans la mesure où ils peuvent facilement écouler leurs équipements.

Toutefois, la situation juridique du crédit-preneur l'astreint à un certain nombre d'obligations. En effet, le crédit-preneur est tenu de payer les loyers dans les conditions fixées par le contrat (article 33 loi précitée) ; il doit exploiter le bien loué en bon père de famille en veillant à la bonne conservation du bien (article 36. 1° loi précitée) ; il ne peut ni vendre, ni constituer une sûreté en sa faveur sur le bien loué (article 39. 1° loi précitée). Autant d'obligations justifiées par la sauvegarde des intérêts du crédit-bailleur.

522. Concrètement, le crédit-bail mobilier présente un certain nombre d'avantages pour la société de crédit-bail. Outre la protection du banquier contre le non remboursement éventuel du montant du prêt, la situation juridique de ce dernier se trouve confortée même lorsque l'entreprise est soumise à une procédure collective. Le banquier crédit-bailleur a d'ailleurs la possibilité de revendiquer le bien utilisé par l'entreprise défaillante conformément à l'article 103, alinéa 1 du nouvel AUPCAP[1084]. Toutefois, le

---

[1081] KALIEU ELONGO (Y. R.), « Propriété retenue ou cédée à titre de garantie », *in* POUGOUÉ (P.-G.) (dir.), Encyclopédie du droit OHADA, *op. cit.*, p. 1449.

[1082] VIRASSAMY (G.), « Le recours au crédit-bail », *Revue Française de Finances Publiques*, n° 120, 01 novembre 2012, p. 105.

[1083] LECCLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit*., p. 264.

[1084] Les banques y trouvent une garantie très efficace, compte tenu de la fragilité de certaines sûretés et de la diminution de leur sort en cas de dépôt du bilan de l'entreprise utilisatrice. Aussi la non soumission des créanciers

crédit-bail doit être publié[1085] pour être opposable [1086]aux tiers[1087]. Cette publicité[1088] se fait au registre du commerce et du crédit mobilier[1089]. Aussi, le banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficultés doit se montrer assez prudent lors de la réalisation de l'opération afin de ne pas voir sa responsabilité retenue pour soutien abusif. Il doit se rassurer que l'entreprise en difficultés utilisatrice est soumise à une procédure de règlement préventif ou de redressement judiciaire ; que la situation de l'entreprise n'est pas irrémédiablement compromise.

523. Etant donné qu'un tel crédit peut provenir des contrats nouveaux ou des contrats en cours, il conviendrait de s'interroger sur le maintien du contrat de crédit-bail mobilier en cas d'ouverture d'une procédure collective. Sous l'ancien AUPCAP, le crédit-bail faisant en principe partie de la catégorie des contrats intuitu personae, ne pouvait être continué lorsque l'entreprise était soumise à une procédure collective[1090]. Le banquier pouvait néanmoins et compte tenu des rapports qu'il entretenait avec son client continuer à exécuter un tel contrat. Le nouvel AUPCAP est venu rendre automatique la continuation de tous les contrats en cours à l'exception des contrats de travail[1091]. Même si la jadis exemption des contrats *intuitu personae* de la continuation des contrats en cours se justifiait par l'intérêt même des banques et établissements de microfinance qui sont astreints aux normes prudentielles, il a semblé plus important pour le législateur

---

postérieurs à la production des créances est de nature à conférer à la technique toute son efficacité. En effet, la soumission des créanciers antérieurs à la déclaration des créances est ce qui rendait la procédure de revendication très complexe et par conséquent inefficace pour les crédit-bailleurs. Fort heureusement le nouvel AUPCAP semble avoir supprimé cette obligation à l'égard des créanciers revendiquants. L'article 101, alinéa 1 de l'ancien AUPCAP prévoyait que les actions en revendication ne pouvaient être reprises ou exercées que si le revendiquant a produit et respecté les formes et délais prévus pas les articles 78 à 88 AUPCAP. Cette disposition n'a pas été reprise par la partie du nouvel AUPCAP consacré aux droits du vendeur des meubles et revendications.

[1085] Article 7 de la loi précitée.

[1086] Article 8 de la loi précitée.

[1087] L'ancien AUDCG faisait expressément de l'inscription du contrat de crédit-bail une condition d'opposabilité de ce dernier aux tiers (article 63). Cette disposition n'a pas été reprise par le nouvel AUDCG. Est-ce à dire que l'inscription n'est plus une condition d'opposabilité? Nous pensons que le législateur africain ferait mieux de reprendre cette disposition car à défaut d'inscription du contrat de crédit-bail au RCCM, le crédit-bailleur ne pourra opposer son droit de préférence aux créanciers du crédit-preneur, ni revendiquer le bien entre les mains de d'un acquéreur éventuel, sauf s'il démontre que ceux-ci avaient connaissance du contrat de crédit-bail ; preuve qui n'est pas facile à rapporter. En droit camerounais toutefois, la difficulté ne se pose pas. Il ressort en effet de l'article 8 de la loi précitée que l'inscription est une condition d'opposabilité du contrat de crédit-bail aux tiers.

[1088] Cette formalité a pour but de faire connaître aux tiers la création d'une apparence de solvabilité, susceptible de causer un préjudice à ceux qui traiteraient avec l'entreprise locataire. Sous l'ancien AUDCG, l'inscription du crédit-bail au RCCM n'était qu'une simple faculté (article 61). Le nouvel AUDCG en fait une obligation (articles 68 et 69). JIOGUE (G.), *Le crédit-bail, op. cit.*, p. 95.

[1089] Articles 34 *in fine*, 35- 6°, 40 et 41, alinéa 3 de l'AUDCG.

[1090] Article 107 de l'ancien AUPCAP.

[1091] Article 107, alinéas 1 et 2.

OHADA d'opter pour le maintien de tous les contrats fussent-ils *intuitu personae*[1092]. La continuation est donc de règle en l'état actuel du droit des procédures collectives, même pour les contrats conclus *intuitu personae*.

524. Pour ce qui est du crédit-bail immobilier, il s'agit d'une opération par laquelle une entreprise donne en location un bien immobilier à usage professionnel acheté par elle ou construit pour son compte, lorsque cette opération, quelle que soit sa qualification, permet au locataire de devenir propriétaire de tout ou partie du bien loué, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire[1093].

Cette technique de financement paraît effectivement adaptée aux entreprises en difficultés surtout lorsque ces dernières exercent une activité immobilière. En effet, elle facilite les investissements immobiliers d'une valeur pécuniaire assez importante pour lesdites entreprises.

Une entreprise exerçant une activité immobilière peut connaître des difficultés parce que victime soit d'un incendie, soit d'une expropriation pour cause d'utilité publique. En ce qui concerne cette dernière, l'entreprise peut recourir au crédit-bail immobilier afin de surmonter ses difficultés. Ceci est d'autant plus nécessaire que généralement l'indemnisation ne suit pas directement l'expropriation. L'État procède à certaines vérifications et ce n'est qu'à l'issu de celles-ci que l'indemnisation est faite. L'entreprise étant aux abois ne pourra en pareille hypothèse recourir qu'au crédit-bail immobilier. C'est fort de cela que nous le considérons comme une technique de financement des entreprises en difficultés.

525. L'établissement de crédit-bail confiant de la bonne marche de l'entreprise avant ses difficultés ne sera pas assez réticent à octroyer le crédit. En effet, si on analyse ce crédit par rapport à un crédit classique, il apparaît que son mécanisme permet au crédit-bailleur, propriétaire des immeubles qu'il met à la disposition de l'entreprise avec promesse unilatérale de vente, d'obtenir une garantie assez appréciable du fait de son

[1092] Le législateur a sans doute estimé que la rupture des contrats intuitu personae était contraire à l'objectif de redressement de l'entreprise.
[1093] BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, *op.cit*., p. 333.

droit réel de propriété. En revanche, il ne saurait invoquer pour le règlement des loyers le privilège du bailleur. Une telle mesure, compte tenu de son caractère dissuasif, ne saurait profiter à l'entreprise en difficultés qui ne pourra de ce fait obtenir tout le crédit sollicité. Fort heureusement, cette dernière a la possibilité de recourir aux crédits consortiaux afin d'obtenir un crédit suffisant.

§3. Les crédits consortiaux : moyen de gestion des dispositions réglementaires sur la division des risques

526. Généralement, le crédit est accordé par un banquier unique. Mais pour les crédits de montant élevé, il est fréquent que plusieurs établissements de crédit se regroupent autour d'un chef de file de manière à repartir entre eux le risque et la charge du financement[1094]. Ce type de groupement, applicable seulement à une opération, est dénommé syndicat bancaire ou pool bancaire de crédit[1095]. Les banques y trouvent le moyen de respecter les dispositions réglementaires sur la division des risques.

L'entreprise en difficultés peut nécessiter pour son redressement des fonds très importants. Dans ce cas, elle devra nécessairement recourir aux crédits consortiaux afin d'obtenir lesdits fonds[1096]. C'est à juste titre que nous pensons qu'ils sont assez pertinents dans le financement d'une entreprise en difficultés (A). Or, cette dernière ne pourra en bénéficier que si l'intérêt des différents participants est pris en compte dans leur dénouement (B).

[1094] Parfois, seul le chef de file s'engage ; le client n'a donc aucun lien de droit avec les autres membres du pool. Dans d'autres cas, chaque membre du pool s'engage à l'égard du client. Lorsque les liens de droit existent entre chaque membre du pool et le client commun, la présence d'un chef de file n'est pas de nature à faire disparaître l'obligation de prudence qui pèse sur chaque banque en tant qu'organisme dispensateur de crédit. Par conséquent, lorsque chacune des banques consent son concours au client commun alors que celui-ci était dans une situation irrémédiablement compromise qu'elle aurait dû connaître si elle avait satisfait à son obligation de prudence, la faute ainsi commise peut concourir à la réalisation de l'entier dommage entrainant ainsi, à la charge des banques une responsabilité *in solidum.*

[1095] L'analyse juridique des pools bancaires de crédit est discutée. Le groupement occasionnel des banques pour l'octroi du crédit est assez souvent analysé comme une société en participation. Mais cette qualification est loin de rendre compte de toutes les situations. Le plus souvent, les éléments constitutifs du contrat de société et, spécialement la participation aux bénéfices et aux pertes, font défaut. Le débat sur la nature juridique du pool est lié à une incertitude portant sur les pouvoirs du chef de file. En réalité, la reconnaissance au chef de file de la qualité de gérant d'une société en participation ne facilite pas la détermination de ses pouvoirs qui résultent de la convention et des usages. GALVADA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire*, *op.cit.*, p.280 ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, p. 314.

[1096] La constitution du pool en vue de la mise en place d'un crédit consortial est confiée par l'emprunteur à un ou plusieurs établissements de crédit appelés agents ou arrangeurs, chargés de constituer le « *tour de table* ». On les considère généralement comme des mandataires de l'emprunteur.

A. La pertinence des crédits consortiaux dans le financement d'une entreprise en difficultés

527. Les crédits consortiaux ou prêts syndiqués sont d'une importance indéniable dans le financement des entreprises en difficultés. En effet, ils permettent à l'entreprise d'obtenir des financements suffisants à leur redressement. À partir du moment où le risque de non remboursement est réparti entre les participants[1097], ceux-ci ne pourront invoquer les normes prudentielles à eux imposés afin de se soustraire du financement ou de le réduire.

S'il est vrai que les garanties constituent un obstacle au financement des entreprises en difficultés, il reste tout aussi vrai que plus que les garanties, les normes prudentielles auxquelles sont soumises les banques sont davantage de nature à limiter le crédit bancaire. Ces normes sont d'ailleurs très contraignantes pour les banques prêteuses qui ne peuvent octroyer le crédit sans les observer. C'est dire que si le banquier peut octroyer le crédit sans exiger une garantie ou en l'absence de celle-ci, il ne peut le faire en violation des différents ratios à partir du moment où des sanctions sont prévues à cet effet.

528. L'entreprise en difficultés peut du fait des normes prudentielles ne pas obtenir le crédit nécessaire à son redressement lorsqu'elle n'a saisi qu'un banquier unique. Une telle difficulté ne saurait survenir lorsque cette dernière a entendu saisir plusieurs banquiers et que ceux-ci se sont constitués en pool. Dans ce dernier cas, elle pourra obtenir le financement nécessaire à son sauvetage à partir du moment où le risque devant être supporté par un banquier unique sera réparti entre tous les participants au pool ainsi que la charge du financement. Nous pensons à cet effet que les crédits consortiaux trouvent toute leur pertinence dans le financement des entreprises en difficultés. C'est assurément la raison pour laquelle les droits des participants sont largement pris en

[1097] Tout participant peut céder sa participation. Il y a cession de participation lorsque postérieurement à la conclusion de la convention de prêt, l'un des participants se substitue un autre prêteur pour la totalité ou pour une partie de sa participation. Le cessionnaire acquiert la qualité de prêteur. À moins que la possibilité soit ouverte dans le contrat de prêt, une telle cession implique le consentement de l'emprunteur. Aussi, étant donné la communauté d'intérêts existant entre les membres du pool, l'accord de ceux-ci est également nécessaire, sauf stipulation contraire. Ce consentement est fréquemment requis par une clause du contrat (Paris, 15e ch. B, 29 juin 2007, MAAF Assurances C/Licorne Gestion ; Juris-Data n°342874 ; Versailles, 26 septembre 2006, Crédit Lyonnais C/SAS White ; Juris-Data n°321095, *RTD Com*., avril-juin 2007, p.429. Observation LEGEAIS) ; TOLEDO WOLFSOHN (V. A.-M.), Transfert de participation et crédit syndiqué : *RD bancaire et financier*, septembre/octobre 2003, p.320.

compte afin d'inciter les banques à se constituer en pools pour le financement des entreprises en difficultés.

B. La prise en compte de l'intérêt des participants dans le dénouement de l'opération

529. Le prêt syndiqué ou consortial n'est pas à proprement parler un prêt collectif mais un ensemble de prêts individuels. Il s'agit dans certains cas d'une technique de cofinancement dans la quelle l'emprunteur est lié avec chacune des banques membres du pool[1098]. Une communauté d'intérêts existe toutefois entre les différents participants. La convention constitutive du « *tour de table* » est révélatrice à cet égard[1099].

S'efforçant de se soustraire à leurs engagements, les banques membres d'un pool, n'ont pas craint de soutenir que leur « *présence* » devait s'analyser en un cautionnement du client au profit de la banque chef de file[1100]. L'argument était avancé pour invoquer l'article 2037 du C. civ. qui permet de décharger la caution lorsque la subrogation dans les sûretés ne peut s'opérer par la faute du créancier. Cette analyse a été rejetée[1101]. Les juges ont considéré que la convention conclue entre les banques était constitutive d'une opération de « *compte à demi* » qui juridiquement doit être regardée comme une société créée de fait ou, si les parties en sont convenues dès l'origine, comme une société en participation. Une telle qualification a pour fondement le sens même donné à la notion de « *pool* ». Il s'agit en effet d'une convention conclue entre les banques pour partager les risques, les projets de l'opération de financement ainsi que les sommes qu'ils recevront de l'emprunteur sur un pied d'égalité[1102]. Ce faisant, la jurisprudence notamment française a entendu préserver les intérêts de tous les participants à l'opération. Ce qui est

[1098] Bien que la solidarité se présume en matière commerciale, les banques participantes ne sont pas tenues solidairement à l'égard du bénéficiaire lorsque chacune s'est engagée séparément et pour sa seule part en conservant son entière autonomie. On ne pourra donc étendre aux autres membres du pool les obligations souscrites par certains d'entre eux ou engager la responsabilité contractuelle de toutes les banques sur le fondement d'une faute imputable à l'une d'entre elle. Mais, en raison de leur qualité de commerçant, les banques qui n'auraient pas expressément exclu la solidarité dans le cadre d'un pool bancaire pourraient se retrouver indéfiniment et solidairement responsables sur l'initiative de leur client. Lire à cet effet, RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, *op. cit.*, p.314.

[1099] GALVADA (C.) et STOUFFLET (J.), *Droit bancaire*, *op.cit.*, p.280.

[1100] DOM (J.-P.), « Contrats bancaires- formation », Fasc. 130, 1998, n° 13.

[1101] CA Paris, 7 juillet 1975 : Gaz. Pal, 1975,2, Pan. Jurispr., p. 727 ; *RTD. Com*. 1975, p. 886, obs. CABRILLAC et RIVES Lange.

[1102] *Idem.*

appréciable au regard de l'importance d'un tel crédit dans le financement des entreprises en général et particulièrement de celles qui connaissent des difficultés.

Le recouvrement des créances dans le cadre des prêts syndiqués est dominé par la clause dite de « *partage de récupération* » ou de « *prorata sharing* ». Cette clause impose à un membre du pool de partager avec les autres participants les sommes qu'il recevra de l'emprunteur. Il est généralement prévu qu'une telle clause couvre l'extinction par compensation de la créance d'un participant. Il est souvent prévu également que certains aménagements peuvent être apportés à la dette de l'emprunteur par une décision majoritaire. À défaut, un accord unanime est nécessaire.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

530. Le banquier, en tant que partenaire privilégié des entreprises joue un rôle important dans le financement de celles qui connaissent des difficultés. S'il est vrai qu'aucune activité sérieuse ne peut prospérer sans le concours du banquier[1103], il reste tout aussi vrai que l'entreprise en difficultés sortira difficilement de sa situation sans le concours de ce dernier. Plusieurs techniques de financement bancaire généralement octroyées aux entreprises in bonis sont d'ailleurs adaptées au renflouement financier des entreprises en difficultés. C'est ainsi qu'à côté des crédits d'exploitation qui permettent pour la plupart de pallier aux décalages de trésorerie de très court terme, l'on retrouve les crédits d'investissement dont la pertinence est indéniable dans le financement d'une exploitation difficultueuse.

Seulement, au regard des contraintes inhérentes à l'activité bancaire d'une part et de la situation réelle de l'entreprise en difficultés qui n'a généralement plus de garantie d'autre part, les banques sont plus réticentes à contribuer au financement des entreprises en difficultés. Quand bien même elles le font, elles sont contraintes de respecter les normes prudentielles à elles imposées et de limiter pour cela le crédit à la garantie octroyée. L'on observe donc en pratique une restriction du financement bancaire dès lors que l'entreprise est soumise à une procédure collective. C'est assurément la raison pour laquelle le législateur OHADA, tant soucieux du sauvetage des entreprises en situation non irrémédiablement compromise et confiant du fait que les banquiers sont les partenaires incontournables des entreprises, n'a pas hésité à leur réserver un sort favorable qu'ils aient traité avec l'entreprise antérieurement ou postérieurement à ses difficultés.

[1103] GATSI (J.), « Le recouvrement des créances bancaires en droit OHADA », *op. cit*., p.130.

CHAPITRE 2

LE SORT DU BANQUIER CRÉANCIER POSTÉRIEUR DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉS : UN SORT INCITATEUR À CERTAINS ÉGARDS

531. Le banquier joue un rôle sans cesse important à toutes les étapes de la vie d'une entreprise. Le crédit bancaire constitue en effet pour les entreprises un moyen indispensable à leurs activités[1104]. Il occupe d'ailleurs une place essentielle comme moyen de financement des petites et moyennes entreprises qui sont les plus nombreuses et les plus sensibles à une faillite. Lorsqu'il accorde le crédit, le banquier remplit une fonction économique dont l'importance a souvent été soulignée.

Si le crédit est toutefois octroyé aux entreprises in bonis sans difficultés majeures, force est de constater que le banquier est généralement réticent à apporter son concours à une entreprise en difficultés car les banques estiment qu' « *il est dangereux d'être banquier en temps de crise* »[1105]. C'est là un paradoxe apparent : c'est précisément en raison des difficultés financières que des crédits supplémentaires sont nécessaires, pour permettre aux entreprises de rééquilibrer leurs comptes[1106]. Le risque est financier pour banques[1107]. Il apparaît donc que les intérêts de l'entreprise et du banquier sont fondamentalement divergents[1108]. En effet, même si le sauvetage de l'entreprise n'est pas un souci étranger aux banquiers, leur préoccupation demeure la protection de leurs crédits et l'absence de responsabilité pour les conséquences de leurs crédits. C'est assurément fort de ce constat que la volonté d'apporter les crédits nécessaires aux entreprises en difficultés s'est traduite en droit OHADA par la priorité de paiement instituée en faveur des créanciers ayant apporté un concours financier à l'entreprise postérieurement à ses

---

[1104] SARPCAN (T.), *Le banquier acteur du règlement amiable*, mémoire en vue de l'obtention du DEA droit des affaires, Université Robert Schuman Strasbourg, 2002-2003, p.6.
[1105] CHAPUT (Y), « Le financement de la période d'observation et l'article 40 de la Loi du 25 janvier 1985 », *Les Petites Affiches*, n°12, 27 jan. 1993, p.12.
[1106] VALLENS (J.-L.), « Le sort des crédits octroyés aux entreprises en cas de procédures collectives », préc., p.106.
[1107] COURET (A.), « Endettement et financement de l'entreprise », in *De l'endettement au surendettement des entreprises, des réalités financières aux contraintes juridiques*, Colloque du 16 déc. 1998, Gazette du Palais 1999, p.1361.
[1108] SARPCAN (T.), Le banquier acteur du règlement amiable, *op.cit.*, p.5.

difficultés (SECTION I). Toujours dans l'optique de favoriser le financement des entreprises en difficultés, l'on observe en pratique une limitation de la responsabilité bancaire à raison des concours aux entreprises en difficultés (SECTION II).

SECTION I. LE PAIEMENT PRIORITAIRE DU BANQUIER CRÉANCIER POSTÉRIEUR D'UNE ENTREPRISE EN DIFFICULTÉS

532. Par définition, le crédit d'une entreprise s'effondre lorsqu'une procédure collective est ouverte. Les partenaires du débiteur n'ont plus intérêt à prendre des risques avec lui ; l'attitude raisonnable est alors d'exiger des paiements comptants. Face à cette double constatation, il appartient au législateur d'inciter les créanciers à poursuivre des relations commerciales avec les entreprises notamment pour faciliter le financement[1109].

Les articles 5-11[1110], 11-1[1111] et 33-1[1112] du nouvel AUPCAP constituent le pivot de cette législation. Par ces dispositions qui mettent en exergue le privilège[1113] « *d'argent frais* », le législateur donne aux entreprises en difficultés surmontables les moyens financiers de leur redressement[1114]. En conférant aux personnes ayant financièrement soutenu l'entreprise en difficultés[1115], le droit d'être payées prioritairement en cas de

[1109] DERRIDA (F.), « Redressement et liquidation judiciaire des entreprises : les créances postérieures », *Les Petites Affiches*, n°81, 7 Juil. 1993, p.16 ; GENITEAU (A.), « Réhabilitation des droits des créanciers ou priorité à la liquidation… des emplois ? », in *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1994, p. 47.

[1110] Cet article prévoit qu' « *en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation de biens postérieurement à la conclusion d'un accord de conciliation homologué ou exéquaturé par la juridiction ou l'autorité compétente, les personnes qui avaient consenti dans l'accord un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre du privilège selon les rangs prévus par les articles 166et 167 ci-dessous* ».

[1111] Cet article dispose qu'« *en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation de biens postérieurement à l'homologation du concordat préventif par la juridiction compétente dans les conditions prévues à l'article 15 ci-dessous, les personnes qui avaient consenti dans ce concordat un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre du privilège selon les rangs prévus par les articles 166et 167 ci-dessous* ».

[1112] Aux termes de cet article, « *En cas de conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation de biens, les personnes qui avaient consenti dans ce concordat de redressement judiciaire un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre du privilège selon les rangs prévus par les articles 166et 167 ci-dessous* ».

[1113] Aux termes de l'article 2095 du C. civ., « *Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* ». Sur la question, lire GATSI (J.), *Droit des biens et des sûretés dans l'espace OHADA*, PUL, Douala, février 2012, p. 51-61.

[1114] BONHOMME (R.), « La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives, les droits et le droit », in *Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p.59 ; CANIN (P.), « La réforme du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1990, p. 354.

[1115] Dans un accord de conciliation, dans un concordat de règlement préventif ou dans un concordat de redressement judiciaire.

liquidation des biens, ces articles constituent sans doute l'arme du redressement de l'entreprise.

533. Parce qu'ils ont apporté leurs concours postérieurement à la difficulté de l'entreprise, le traitement réservé aux bénéficiaires du privilège « *d'argent frais* » ne saurait se limiter à la liquidation des biens. Le fait pour le législateur OHADA de n'avoir fait allusion qu'à cette procédure dans les articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP, ne signifie pas le privilège est absent dans les procédures de conciliation, de règlement préventif et de redressement judiciaire. Bien au contraire, dans ces procédures, les bénéficiaires du privilège doivent être payés dès que leurs créances arrivent à échéance et même prioritairement au cas où ils venaient à concourir avec les autres créanciers de l'entreprise. Ayant traité avec l'entreprise postérieurement à ses difficultés, ils doivent bénéficier d'un traitement privilégié à toutes les étapes de la procédure. Ils sont aux termes des articles 5-11, 11-1, 33-1 et 117[1116] du nouvel AUPCAP les créanciers de la masse ou contre la masse spéciaux parce que bénéficiant d'un traitement plus favorable. Ils doivent pour cela bénéficier du privilège « *d'argent frais* » à toutes les procédures. Le législateur s'est sans doute appesanti sur la liquidation des biens parce que c'est généralement à cette étape de la procédure que les partenaires financiers des entreprises se réfèrent afin d'apporter leurs concours.

Le bénéfice du privilège « *d'argent frais* » est toutefois soumis à certaines conditions (§1). En effet, seuls les créanciers méritants bénéficient de ce régime de faveur dont il serait judicieux d'envisager la portée (§2).

§1. Les conditions d'application du droit de priorité

534. Selon les articles 5-11, 11-1et 33-1 du nouvel AUPCAP, l'éligibilité au traitement préférentiel suppose la réunion de trois conditions. Il s'agit des créances résultant d'un accord de conciliation ou d'un concordat et exécutées avant ou après le jugement d'ouverture de la procédure. De plus, ces créances doivent avoir été consenties

[1116] Cet article dispose que : « *Toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, sont des créances contre la masse, sauf celles nées de l'exploitation du locataire gérant qui restent exclusivement à sa charge sans solidarité avec le propriétaire du fonds* ».

dans l'optique d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité. Elles doivent également être nées de toute activité régulière du débiteur ou du syndic. Certes, cette dernière condition ne ressort pas clairement de ces articles, mais elle se déduit des circonstances dans lesquelles les accords se font et reste importante afin de ne pas faire bénéficier la mesure aux personnes ayant irrégulièrement apporté un concours financier. De même, bien que le législateur OHADA n'ait pas insisté sur la postériorité de la créance au jugement d'ouverture dans les articles 5-11, 11-1 et 33-1 de l'AUPCAP[1117], il conviendrait d'envisager cette condition afin d'exclure les créanciers antérieurs du bénéfice de ce privilège. C'est dire que la postériorité de la créance (A), sa régularité (B) ainsi que sa finalité (C) constituent les conditions sans lesquelles le banquier, créancier postérieur ne saurait se prévaloir du droit de priorité.

A. La postériorité de la créance, un critère lacunaire

535. Pour bénéficier de la priorité de paiement des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP, le banquier doit avoir apporté son concours postérieurement à la difficulté. Sa créance doit être postérieure c'est-à-dire née après la décision d'ouverture de la procédure collective. La postériorité dont il s'agit ici est donc la postériorité de l'acte, en l'espèce l'octroi du crédit, par rapport à l'ouverture de la procédure. Cela appelle plusieurs observations relatives à la date de l'acte ainsi qu'à son fait générateur.

La date de l'acte doit être postérieure au jugement d'ouverture, peu importe que le fait générateur soit antérieur ou postérieur au jugement. L'acte générateur de la créance privilégiée doit avoir acquis date certaine[1118] après le jugement d'ouverture[1119]. Le risque est alors que les créanciers antérieurs ne soient tentés de postdater les contrats sources de leurs droits afin de bénéficier du privilège « *d'argent frais* ».

[1117] Ces dispositions n'insistent certes pas sur la postériorité de la créance au jugement d'ouverture, mais ne perdons pas de vue qu'une créance peut avoir pour origine un accord de conciliation ou un concordat et naître plutôt après le jugement d'ouverture comme c'est généralement le cas d'ailleurs. De même, la possibilité offerte au débiteur de déposer le projet de concordat de redressement soixante (60) jours après le prononcé du redressement judiciaire entraine comme conséquence que le crédit sera dans cette hypothèse consenti après la décision d'ouverture du redressement. Le législateur gagnerait quand même à insister sur la postériorité de la créance au jugement d'ouverture afin d'éviter les fraudes des créanciers antérieurs qui chercheraient à bénéficier du privilège.

[1118] Date dont un acte fait foi à l'égard des tiers, soit parce qu'elle a été vérifiée par un officier public, soit parce qu'une formalité ou un évènement l'a mise hors de doute.

[1119] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op.cit*., p.320

536. La postérité de la créance s'établit ensuite en fonction de son origine. Ce critère qui paraît simple a, en réalité suscité des difficultés tant à propos des créances contractuelles qu'extracontractuelles[1120]. Mais compte tenu du fait que les créances des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du sont essentiellement des créances contractuelles, seule la postériorité de ces dernières retiendra notre attention.

Le souci de redressement des entreprises commande que soient conservés les moyens d'action que sont les relations contractuelles[1121]. Les entreprises en difficultés ne pourraient en effet maintenir leurs activités dans l'attente d'un éventuel redressement sans conserver leurs contrats en cours ou en conclure de nouveaux[1122]. Il faut donc distinguer en matière contractuelle les contrats initiés dans les accords et concordats ou après le jugement d'ouverture, qui n'engendreront que des créances postérieures, des contrats en cours[1123].

537. La qualification devient délicate lorsque les créances résultent de l'exécution après jugement d'ouverture d'un contrat qui a été conclu avant le jugement[1124]. L'hésitation concerne surtout les contrats à exécution successive[1125] tels que les contrats

---

[1120]Ces créances bénéficient plutôt de la priorité de paiement de l'article 117 du nouvel AUPCAP. Elles peuvent être légales, judiciaires ou délictuelles. Les créances légales sont de deux ordres à savoir les créances sociales et les créances fiscales. Les créances sociales correspondent aux cotisations que doivent récupérer les organismes de sécurité sociale auprès des entreprises. Le recouvrement des créances sociales auprès des entreprises en difficultés rentre dans le domaine d'application des dispositions qui régissent les créances postérieures notamment lorsque la cotisation correspond à un travail fait avant le jugement d'ouverture, mais rémunéré après. Les cotisations de la sécurité sociale sont les accessoires de salaire. Pour cela, leur qualification doit suivre celle de la créance des salaires. Elles ne bénéficient de la qualification de créances postérieures que si elles interviennent après le jugement d'ouverture. Par conséquent, les cotisations relatives à un travail effectué avant le jugement d'ouverture ne peuvent bénéficier de l'article 117 du nouvel AUPCAP. Pour bénéficier de la priorité de paiement de l'article 117 du nouvel AUPCAP, la créance fiscale doit résulter de la poursuite d'activité après l'ouverture de la procédure collective et non de l'exigibilité de l'impôt. Les créances judiciaires sont constituées des frais de procédure et des dépens. Les dépens sont dus à titre de créances judiciaires lorsque le débiteur ou le syndic perd le procès relatif à la poursuite d'activité et est condamné à supporter les dépens. La créance de dépens doit avoir la même nature que la demande principale. Si elle a pour objet une créance postérieure, elle devra suivre le même sort. La créance de dépens mise à la charge du débiteur trouve son origine dans la décision qui statue sur un fait lié à la continuation d'activité, elle entre donc dans les prévisions de l'article 117 du nouvel AUPCAP. Les créances postérieures délictuelles sont celles qui naissent des faits dommageables survenus après le jugement d'ouverture d'une procédure collective. Elles sont qualifiées de créances postérieures toutes les fois qu'elles sont nées régulièrement des actes conformes à la gestion de l'entreprise après l'ouverture d'une procédure collective. Mais encore faut-il déterminer avec précision la date de naissance de la créance d'indemnité ainsi que les circonstances de faits qui engagent la responsabilité du débiteur.

[1121] KOM (J.), *Droit des entreprises en difficulté OHADA prévention- traitements- sanctions, op.cit.,* p.218.

[1122] *Idem.*

[1123] BERTHELOT (G.), « Les créanciers postérieurs méritants », *Revue des Procédures Collectives*, n° 3, Mai 2011, p.103.

[1124] SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op.cit.*, p.341.

[1125] Le contrat à exécution successive est souvent assimilé au contrat en cours. Or un contrat à exécution successive peut avoir fini de produire ses effets avant le jugement d'ouverture tandis qu'un contrat à exécution instantanée peut n'avoir pas encore produit ses effets. Il en découle donc qu'un contrat est en cours lorsqu'il n'a pas épuisé ses effets

de fournitures, les baux et les contrats de travail[1126]. Pour ces derniers, les prestations effectuées avant le jugement déclaratif font naître des dettes dans la masse, tandis que celles réalisées postérieurement à l'ouverture de la procédure s'analysent en dettes de la masse[1127]. Seule donc la créance née de l'exécution du contrat après le jugement d'ouverture relèvera du traitement préférentiel, bien que l'ensemble des créances nées d'un contrat ait une source unique, la conclusion du contrat[1128]. Cette analyse suppose que l'on se réfère au concept de la naissance de la créance et non pas de son origine. Cette créance tient effectivement son origine du contrat, mais elle naît au moment où la prestation est exécutée. Par conséquent, le fait générateur est fixé à la date de la prestation.

Si la date de naissance de la créance constitue un premier critère d'attribution du bénéfice du privilège, il reste qu'une seconde condition est exigée afin que la créance bénéficie de cette disposition : sa régularité.

B. La régularité de la créance

538. Conformément à l'article 52, alinéa 1 du nouvel AUPCAP qui exige l'assistance du débiteur pour tous les actes d'administration, la créance du banquier ne sera régulière que s'il a apporté son concours alors que le débiteur était assisté du syndic. La régularité de la créance viendrait également du fait qu'il ait consenti son apport dans le cadre d'un accord de conciliation ou d'un concordat. Il convient dès lors de s'intéresser à la notion de régularité (1) avant d'envisager les sanctions nées de l'irrégularité de la naissance de la créance (2).

1. La notion de régularité

539. La notion de régularité fait pour l'essentiel, naître deux interrogations. La régularité doit d'abord s'apprécier par référence aux principes régissant la répartition des

fondamentaux au jour du jugement d'ouverture. SAWADOGO (F. M.), « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur », in POUGOUE (P.-G.) (dir.), Encyclopédie du droit OHADA, *op. cit.*, p. 767.

[1126] SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op.cit*., p.341.

[1127] MBONJI BILLE (G. C.), « Les créances nées de la poursuite de l'activité », in GATSI (J.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, op.cit., pp. 163 à 169.

[1128] BERTHELOT (G.), « Les créanciers postérieurs méritants », *op.cit*., p.103.

pouvoirs entre le débiteur et les organes de la procédure. Elle doit également s'apprécier par référence à la continuation d'activité professionnelle du débiteur[1129].

La question du respect de la répartition des pouvoirs entre le débiteur et les organes de la procédure se pose en des termes distincts selon que la créance en cause est de nature contractuelle ou de nature extracontractuelle[1130]. Seulement, la régularité des créances extracontractuelles ne sera pas envisagée ici du moment où les créances bénéficiant du privilège « *d'argent frais* » sont de nature contractuelle.

La régularité de la naissance d'une créance contractuelle fait appel à deux séries de règles : d'une part, celles régissant la continuation des contrats en cours, et plus spécialement la question de la « *titularité* » de l'option de continuation du contrat en cours ; d'autre part, celles intéressant les relations contractuelles se nouant après le jugement d'ouverture.

540. Relativement à la continuation des contrats en cours, l'article 108 du nouvel AUPCAP prévoit que le syndic, la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours. L'intervention du syndic constitue une condition de régularité de la créance.

En présence d'un contrat en cours au jour du jugement d'ouverture, les prestations financières fournies par le cocontractant, dans l'attente de l'option du syndic, sont couvertes par les articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP. La solution est logique, dès lors qu'il est observé que, dans l'attente de l'option du syndic sur la continuation du contrat, le cocontractant fournit la prestation promise. Il est normal qu'il obtienne en retour la contre prestation attendue. Il importe donc peut que l'option intervienne pour la continuation du contrat, les créances nées entre le jugement d'ouverture et l'option de non continuation bénéficient des 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP, peu importe également que le syndic se soit fait autoriser à différer son option.

Pour ce qui est des relations contractuelles se nouant après le jugement d'ouverture, il convient de distinguer l'assistance en redressement judiciaire de la représentation en

---

[1129] LE CORRE (P.-M.), *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, T. 2, PU d'Aix-Marseille, 2000, p.913.

[1130] La question de la régularité des créances extracontractuelles est discutée. Il s'agit de savoir si le débiteur peut, par son fait ou sa faute, faire naître une créance délictuelle ou quasi-délictuelle permettant à sa victime de bénéficier du privilège des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP. Nous pensons que si la faute relève d'un acte de gestion courante, le cocontractant peut se prévaloir de ces articles à partir du moment où ce dernier est resté dans l'ignorance du redressement judiciaire atteignant le débiteur. Au cas contraire, seuls les actes passés avec le syndic peuvent faire naître une créance délictuelle ou quasi-délictuelle.

liquidation des biens. Seulement, le privilège n'étant prévu qu'en vue de faciliter le sauvetage des entreprises et non la liquidation de ses dernières, il conviendrait de s'en tenir à l'assistance du débiteur en redressement judiciaire.

En redressement judiciaire, le débiteur reste compétent pour les actes de gestion. Il pourra ainsi seul passer des commandes, à des conditions normales, pour des volumes normaux, par rapport aux besoins d'exploitation, dès lors du moins que son cocontractant est de bonne foi, c'est-à-dire qu'il est resté dans l'ignorance du redressement judiciaire atteignant le débiteur. Pour les actes de gestion courante, la bonne foi constitue une condition de régularité de la créance.

En dehors des actes de gestion, courante, et quelle que soit la bonne foi du cocontractant, les pouvoirs du syndic devront être respectés. Le débiteur ne pourra s'en émanciper pour traiter avec des cocontractants. Ces derniers, dans le cas contraire, ne pourraient prétendre au bénéfice du privilège.

541. Le lien entre la naissance de la créance et la continuation de l'activité professionnelle du débiteur permet également de déterminer la régularité de la créance. La question est ici double. La créance doit-elle avoir un rapport avec l'activité professionnelle du débiteur ? Doit-elle ensuite être née dans le cadre de la poursuite de l'activité ? Dès lors, étant donné que ces questions feront l'objet des développements subséquents (la finalité de la créance), il conviendrait à présent de s'appesantir sur la sanction attachée à l'irrégularité de la naissance de la créance.

2. La sanction attachée à l'irrégularité de la créance

542. Si la créance n'est pas née régulièrement, elle ne peut bénéficier de la priorité de paiement[1131]. Pour autant, à défaut de disposition légale, assimilant une telle créance à une créance antérieure, elle ne saurait dégénérer en créance antérieure. Il y aurait là une fiction légale à tenir pour antérieure une créance née après le jugement d'ouverture, laquelle ne peut se concevoir sans texte.

La créance née irrégulièrement n'est ni une créance postérieure bénéficiant de la priorité de paiement, ni une créance antérieure. Elle n'est ni une créance de la masse, ni une créance dans la masse. Elle est une créance hors masse. Elle devra néanmoins être

[1131] MBONJI BILLE (G. C.), « Les créances nées de la poursuite de l'activité », *op. cit*., p. 165.

payée. Mais faute de bénéficier du privilège, son paiement immédiat n'est pas envisageable. Elle devient une créance « *hypo chirographaire* » devant être réglée après toutes les autres créances. Il convient dès lors d'envisager la finalité de la créance qui constitue une autre condition d'application du droit de priorité.

C. La finalité de la créance

543. Pour bénéficier du privilège des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP, la créance doit avoir été octroyée en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité.

La poursuite de l'activité est ainsi érigée en condition de naissance d'une créance des articles 5-11, 11-1 et 33-1. Il n'est donc pas possible de concevoir une créance privilégiée au sens de ces articles en dehors de toute poursuite d'activité. De plus, si une poursuite d'activité intervenait irrégulièrement, ces articles ne pourraient trouver application pour les créances nées pendant cette période. Il reste ici à demander si une activité nouvelle du débiteur peut faire naître une créance des articles 5-11, 11-1 et 33-1.

La réponse ne peut faire aucun doute si l'activité nouvelle a été entreprise avec l'assistance du syndic. Lorsque le débiteur est en redressement judiciaire, il est tout d'abord certain qu'en dehors des actes de gestion courante, l'intervention du syndic sera nécessaire à la naissance des créances des articles 5-11, 11-1 et 33-1.

544. L'activité régulière du débiteur ou du syndic renvoie à l'activité professionnelle du débiteur. Seules donc les créances ayant un lien avec l'activité professionnelle du débiteur peuvent bénéficier de la priorité de paiement. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir si le débiteur, personne physique peut faire naître des créances des articles 5-11, 11-1 et 33-1 en dehors de son activité professionnelle. Ainsi, le crédit octroyé au débiteur associé unique, postérieur au jugement d'ouverture pour l'achat d'un véhicule familial doit-il faire naître, une créance des articles 5-11, 11-1 et 33-1?

Même si incontestablement une réponse positive contribue à grever lourdement la trésorerie du débiteur, rendant ainsi plus difficile son redressement, elle doit tout de même être apportée. Cette réponse est d'ailleurs justifiée par la règle de l'unité du patrimoine.

Lorsque toutes ces conditions sont réunies, le créancier qui parvient à établir la preuve[1132] de sa qualité de créancier postérieur doit bénéficier non seulement du paiement à l'échéance, mais aussi du paiement par priorité qui participent de la portée même du privilège.

§ 2. La portée du privilège

545. Le privilège des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP a une portée juridique (A) et une portée pratique (B).

A. La portée juridique du privilège

546. Les bénéficiaires du privilège « *d'argent frais* » disposent d'un droit de priorité dans le paiement (2) qui a pour assiette tous les biens du débiteur (1) et qui s'exerce dans un ordre et selon les modalités fixées par la loi. De plus, l'opposabilité du privilège est de nature à renforcer sa portée juridique (3).

1. L'assiette du privilège

547. Tous les biens du débiteur, meubles ou immeubles répondent au désintéressement des bénéficiaires du privilège « *d'argent frais* ». Les articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP créent donc un privilège général, mobilier et immobilier. Seuls les biens détenus par le débiteur mais appartenant à des tiers (biens vendus avec une réserve de propriété par exemple) échappent à l'assiette de la sûreté.

Le privilège peut s'exercer non seulement sur les biens existants mais aussi sur ceux qui réintègrent le patrimoine du débiteur à la suite des actions en inopposabilités de la période suspecte car de telles actions ont pour but de reconstituer le patrimoine du débiteur. Pareillement, le produit des actions en comblement du passif devrait être affecté, en priorité, au désintéressement des créanciers des articles 5-11, 11-1 et 33-1 ainsi que les sommes résultant d'actions en responsabilité exercées par le représentant des créanciers.

[1132] Pour bénéficier du privilège « *d'argent frais* », le créancier doit établir qu'il a apporté son concours dans le cadre d'un accord de conciliation ou d'un concordat. La preuve peut se faire par plusieurs moyens mais l'écrit reste le gage de sûreté et d'efficacité.

C'est donc l'ensemble du patrimoine du débiteur qui est pris en compte dans le règlement des créances privilégiées des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP.

2. Le paiement des bénéficiaires du privilège « *d'argent frais* »

548. Les créanciers des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP sont payés à l'échéance lorsque l'activité est poursuivie[1133] (a) et par priorité en cas de conversion des procédures de conciliation, de règlement préventif et de redressement judiciaire en liquidation des biens (b).

a . Le paiement à l'échéance dans les procédures de sauvegarde

549. Les bénéficiaires du privilège « *d'argent frais* » échappent au principe de l'interdiction des paiements énoncé par l'article 75 du nouvel AUPCAP, qui ne concerne que les créances antérieures. Ils doivent donc être payés par le syndic ou le débiteur au fur et à mesure que leurs créances sont échues. Ils ne subissent pas l'arrêt du cours des intérêts[1134] et ne sont pas soumis à la procédure de déclaration et de vérification des créances[1135]. Aucun délai de paiement ne peut leur être imposé. Les articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP ont été considérés comme dérogeant à la règle posée par l'article 1244 du C.civ.. qui autorise le juge à accorder au débiteur malheureux et de bonne foi un délai de grâce.

Les articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP ne posent guère de difficulté en présence de contrats conclus après le jugement d'ouverture. La règle de paiement à l'échéance doit s'appliquer, à l'exclusion de toute autre[1136]. En revanche, cette règle se trouve contrariée, en présence de contrats en cours au jour du jugement d'ouverture et continués après le jugement d'ouverture. Pour ces dernières, une distinction doit être faite entre les contrats exécutés avant le jugement d'ouverture et ceux exécutés après le jugement d'ouverture. Pour les contrats en cours exécutés avant le jugement d'ouverture,

[1133] Dans les procédures de conciliation, de règlement préventif et de redressement judiciaire notamment.
[1134] Article 77, alinéa 1 du nouvel AUPCAP.
[1135] Articles 78 et s. du nouvel AUPCAP.
[1136] LE CORRE (P.-M.), *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, *op.cit.*, p. 924.

l'on ne saurait appliquer la règle de paiement à l'échéance[1137]. Cependant, pour ce qui est des contrats exécutés après le jugement d'ouverture, l'application de la règle de paiement à l'échéance aura toute sa raison d'être[1138].

550. Il arrive en pratique que plusieurs créances arrivent à l'échéance en même temps et doivent être payées simultanément[1139]. À défaut de fonds disponibles pour les acquitter toutes, le syndic ou le débiteur doit respecter l'ordre établi par la loi. Il leur est donc fait obligation de régler les salaires super privilégiés en priorité. Il est fréquent que le paiement à l'échéance ne puisse être effectué, à défaut de fonds suffisants. La véritable question est celle de savoir si les créanciers postérieurs impayés pouvaient dans ce cas exercer des poursuites individuelles afin d'assurer le recouvrement de leurs créances. Il ressort des articles 9 et 75 du nouvel AUPCAP que la suspension des poursuites n'est instituée qu'au détriment des créanciers antérieurs. C'est dire que les bénéficiaires du privilège « *d'argent frais* » peuvent exercer les poursuites individuelles lorsqu'ils ne sont pas payés à l'échéance. Sont donc recevables toutes les actions en paiement ainsi que les voies d'exécution. Si une telle solution paraît salvatrice, pour les bénéficiaires du privilège impayés à l'échéance, force est de constater qu'elle n'en demeure pas moins perturbatrice car elle peut constituer un obstacle pour le sauvetage de l'entreprise.

C'est assurément la raison pour laquelle le législateur OHADA n'entend faire bénéficier le privilège qu'au cas où la liquidation des biens est consécutive à une procédure de sauvegarde afin d'éviter que les créanciers qui ont apporté un concours financier aux entreprises en conciliation, en règlement préventif ou en redressement judiciaire ne se précipitent à exiger leur remboursement alors que le sauvetage n'est pas encore certain. Il ressort en effet des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP que le privilège ne s'applique qu'en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à l'homologation d'un accord de conciliation, d'un concordat de règlement préventif ou d'un concordat de redressement judiciaire.

[1137] POUGOUE (P.-G.) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, *op. cit.*, p. 62.

[1138] *Idem.*

[1139] Au cas contraire, le traitement des créances postérieures se fait dans l'ordre dans lequel se présentent les créanciers. Dès lors, le fait de régler une créance chirographaire postérieure avant une créance privilégiée postérieure n'est pas illégal dans la mesure où le premier arrivé est le premier servi.

Les personnes ayant apporté un concours financier aux entreprises en conciliation, en règlement préventif ou en redressement judiciaire n'ont donc pas à craindre de la survenance d'une procédure collective de liquidation des biens car c'est davantage dans cette procédure que le législateur OHADA a conféré au privilège toute son efficacité en permettant à ses bénéficiaires d'être payés en priorité.

b. Le paiement par priorité dans les procédures de liquidation des biens

551. Le droit de priorité institué en faveur des bénéficiaires du privilège « *d'argent frais* » afin de favoriser le financement de la poursuite de l'exploitation et d'inciter les partenaires financiers des entreprises à faire crédit à l'entreprise malgré sa soumission à la procédure se dégage clairement des articles 166 et 167 du nouvel AUPCAP

À la lecture de l'article 166 AUPCAP, il ressort que les créanciers bénéficiant du privilège des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP, sont payés en priorité. Dans la répartition des derniers provenant de la réalisation des immeubles, ils occupent le premier rang. Ils sont donc désintéressés avant tous les autres créanciers de l'entreprise notamment les créanciers de frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix, les créanciers de salaires super privilégiés en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif, les créanciers titulaires d'une hypothèque conventionnelle ou forcée et séparatistes inscrits dans le délai légal, chacun selon le rang de son inscription au livre foncier, les créanciers de la masse, les créanciers munis d'un privilège général-soumis ou non à publicité- selon l'ordre établi par l'AUS et les créanciers chirographaires munis ou non d'un titre exécutoire.

552. L'article 167 du nouvel AUPCAP relatif à la distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles prévoit également une priorité de paiement des bénéficiaires du privilège « *d'argent frais* ». Ils occupent le premier rang et doivent pour cela être désintéressés avant les créanciers de frais de justice, les créanciers des frais engagés pour la conservation du bien du débiteur, les créanciers de salaires super privilégiés, les créanciers garantis par un privilège général soumis à publicité, un gage ou un nantissement, chacun à la date de son opposabilité aux tiers, les créanciers munis d'un privilège mobilier spécial, chacun sur le meuble supportant le privilège, les créanciers de

la masse, les créanciers munis d'un privilège général et les créanciers chirographaires munis ou non d'un titre exécutoire.

L'ordre exact de paiement des bénéficiaires du privilège des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP étant celui fixé par les articles 166 et 167 du nouvel AUPCAP, il apparaît que suivant la configuration du passif, cet ordre ne pourrait se révéler insuffisamment protecteur.

Il convient toutefois de relever qu'il s'agit d'une innovation au regard des prévisions de l'ancien texte[1140]. À travers cette innovation, le législateur OHADA entend favoriser la dynamique du redressement en donnant du crédit à l'entreprise ; ce qui est intéressant du moment où l'opposabilité du privilège est calquée sur le rang qu'occupe le privilège.

3. L'opposabilité du privilège

553. De la combinaison des articles 96, 101 et s., 166 et 167 du nouvel AUPCAP, il ressort que l'opposabilité du privilège diffère selon qu'on est en redressement judiciaire (a) ou en liquidation des biens (b).

a. L'opposabilité du privilège dans la procédure de redressement judiciaire

554. Il ressort des articles 96, 101 et s. du nouvel AUPCAP qu'en redressement judiciaire, le privilège des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP est inopposable aux créances garanties par le super privilège des salaires ainsi qu'aux titulaires d'un droit de propriété ou de rétention.

[1140]Sous l'ancien texte, l'article 117 qui prévoyait la priorité de paiement des créanciers postérieurs de l'entreprise en difficultés n'était pas assez favorable au financement de ces dernières. En effet, cette priorité de paiement n'était reconnue aux créanciers postérieurs que dans les procédures de sauvegarde et aucunement lorsque ces dernières venaient à être converties en liquidation des biens. Il ressortait d'ailleurs des articles 166 et 167 qui prévoyaient l'ordre de classement des créanciers de l'entreprise en difficultés que tous les créanciers postérieurs ou créanciers de la masse occupaient le quatrième ou le septième rang selon que les deniers provenaient de la réalisation des immeubles ou des meubles. Confiants de l'inaptitude d'une telle prévision à concourir au financement des entreprises en difficultés, les rédacteurs du nouvel AUPCAP, ont institué le privilège « d'argent frais » tout en maintenant le privilège de l'article 117. À l'analyse, il apparaît que le privilège « *d'argent frais* » bénéficie uniquement aux personnes ayant apporté un concours financier aux entreprises en conciliation, en règlement préventif ou en redressement judiciaire. C'est dire que les autres créanciers postérieurs de l'entreprise en difficultés ne faisant pas partie de cette catégorie ne sauraient en bénéficier tel que mentionné ci-dessus.

L'inopposabilité du privilège aux créances garanties par le super privilège des salaires résulte de la rédaction actuelle de l'article 96 AUPCAP qui dispose que : « A*u plus tard, dans les dix (10) jours qui suivent la décision d'ouverture et sur simple décision du juge-commissaire, le syndic paie toutes les créances super privilégiées des travailleurs sous déduction des acomptes déjà perçus*». Cette solution repose et se justifie par le caractère alimentaire des créances garanties par le super-privilège des salaires. Le super-privilège des salaires ou « privilège préférable à tous les autres privilèges généraux ou spéciaux y compris ceux du trésor public et de la sécurité sociale » couvre la fraction saisissable des salaires largement définis de la même période que le privilège. Il s'exerce sur les biens meubles et immeubles du débiteur.

555. Relativement à l'inopposabilité du privilège au droit de propriété, il convient de mentionner que certaines techniques juridiques permettent aux créanciers qui les mettent en œuvre d'éviter des concours avec d'autres créanciers. Il ne sera jamais question, en pareille occurrence, de se demander qui prime qui ? Le conflit est tué dans l'œuf. Il en sera ainsi lorsque la propriété est conservée par le cocontractant du débiteur[1141].

Toutes les techniques juridiques qui permettent de mettre un bien à la disposition du débiteur, sans pour autant lui transférer la propriété, permettent d'éviter le concours avec les créanciers des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP. Il en est d'abord ainsi des contrats qui même à terme, ne sont pas translatifs de propriété : dépôt, louage, etc. Il en est ensuite ainsi des contrats qui, à terme, doivent conduire le cocontractant à devenir propriétaire : crédit-bail, location avec option d'achat, location-vente ou encore vente avec clause de réserve de propriété[1142]. Par ces techniques, le cocontractant du débiteur se

[1141] SOUPGUI (E.), « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », *Revue des procédures Collectives*, n° 5, septembre 2009, p. 199.

[1142] La clause de réserve de propriété est une clause par laquelle le vendeur, pour garantir le paiement de sa créance, se réserve la propriété de la chose vendue jusqu'au paiement intégral du prix par l'acheteur. Par cette clause, les parties mettent en échec les articles 1138 et 1583 du C. civ. qui consacrent le principe de transfert *solu contractu* de la propriété ou, lorsqu'il s'agit d'une vente commerciale, l'article 275 de l'AUDCG aux termes duquel « *la prise de livraison opère transfert de la propriété des marchandises vendues*». Cette disposition fut mise en application par la 1ère chambre de la CCJA dans l'arrêt n° 018 du 24 avril 2008 ; affaire Docteur A. c/Distribution Pharmaceutique de Côte d'Ivoire dite DPJCI-SA. Le jurisohada n°2, avril-mai-juin 2008, p. 21 ; Le recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 11, janvier-juin 2008, p. 51. Ohadata J-09-32. Pour plus d'amples explications, lire KALIEU ELONGO (Y. R.), « Propriété retenue ou cédée à titre de garantie », *préc*., p. 1443-1451 ; KALIEU (Y.), « Réflexions sur les nouveaux attributs du droit de propriété : à propos de la propriété utilisée comme sûreté », *Annales de la Faculté des Sciences juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, T1, Vol 2, PUA, 1997, p.193 -205 ; KEUGONG WATCHO (R. S.), « Droit des contrats commerciaux », *Revue de Droit des Affaires OHADA*, 2e année de parution,

ménage une situation de grande sécurité[1143]. La récupération du bien et sa revente constituent, *in fine*, des techniques de paiement de la créance[1144].

556. Certaines autres techniques juridiques autorisent un créancier à se placer hors concours par rapport à d'autres créanciers[1145]. Il en est ainsi du droit de rétention[1146]. C'est la faculté offerte à un créancier qui détient la chose de son débiteur de refuser la restitution à défaut de paiement de l'intégralité de sa créance[1147]. Son unique prérogative consiste donc à conserver le bien jusqu'à parfait paiement. C'est le droit de gérer son débiteur, peu important que ce dernier soit en redressement judiciaire. Le droit des procédures collectives n'a aucunement entravé son fonctionnement[1148]. Il est dès lors

---

n° 4, juillet-décembre 2013, p. 51 ; GATSI (J.), Droit des biens et des sûretés dans l'espace OHADA, *op. cit*., pp. 49-50 ; PEROCHON (F.), « Les créanciers et la clause de réserve de propriété », *Les Petites Affiches*, n°88, 24 juillet 1991, p. 32-37; DELEBECQUE (P.), « La propriété en tant que sûreté dans les procédures collectives », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1994, p. 385 -395.

[1143]LE CORRE (P.-M.), *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, *op.cit*., p. 939.

[1144] MOULY (C.), « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Etudes dédiées à René RODIERE, Aspects du droit commercial français*, Paris, L.G.D.J, 1984, p.532.

[1145] Sur les sûretés relativement épargnées par les procédures collectives, lire SOUPGUI (E.), *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA*, *op. cit*., p. 183-394 ; LUCAS (F.-X.), « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », *Revue des Procédures Collectives*, n°6, novembre 2009, pp. 194-197 ; HOUIN-BRESSAND (C.), « Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ? », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 2, mars 2010, pp. 159-163 ; CALENDINI (J.-M.) et CAMPANA (M.-J.), « Droit de rétention et procédures collectives : la dissipation des dernières ambigüités ? » *La Semaine Juridique éd. Entreprise et Affaires*, n° 27, 2juillet 1998, p. 274-284.

[1146] Ses conditions d'exercice doivent toutefois être réunies. Aux termes de l'article 68 de l'AUS, le droit de rétention ne peut s'exercer que si la créance du rétenteur est certaine, liquide et exigible ; s'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention de la chose retenue ; et si le bien n'a pas été saisi avant d'être détenu par le rétenteur. Sur les conditions d'exercice du droit de rétention, voir Cour d'appel de Dakar, Chambre Civile et Commerciale 1, arrêt du 16 février 2001, MAREGEL c/ Sérigne Moustapha Mbacké Ohadata J-06-121. Voir Le Juris-Ohada, n°4/2002, octobre-décembre 2002, p. 43, note anonyme. Recueil de jurisprudence Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, n° spécial, janvier 2003, p. 31. Ohadata J-02-165 ; Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), Juge des référés, Ordonnance du 10 février 2006, affaire KOTE Daouda et autres c/ Banque internationale pour le commerce, l'industrie et l'agriculture du Burkina (BICIA-B). Observations Professeur ISSA SAYEGH. Ohadata J-08-126 ; Cour d'appel du Littoral à Douala, arrêt n° 45/REF du 19 janvier 2004, SFID-PFI c/ UCHEGBUSI Sylvestre. Ohadata J-06-188 ; Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Jugement n° 105/06 du 22 février 2006, YAMEOGO/NAPON Adams c/ TRAORE Aliou. Ohadata J-07-104 ; Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), arrêt n° 022/2007 du 31 mai 2007, Audience publique de 31 mai 2007, Pourvoi n° 009/2004/PC du 12 février 2004, affaire : 1) KINDA Augustin Joseph ; 2) Maître TE BIEGNANG André Marie (Conseils : SCPA KAKOU et DOUMBIA, Avocats à la Cour c/ Dame KONE Fatoumata. –Recueil de Jurisprudence n° 9- janvier-juin 2007, p. 49. Le juris - Ohada n° 3/2007, p. 31. Ohadata J-08-224 ; Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), 1ère Chambre, arrêt n° 006 du 28 février 2008- Affaire : ENVOL-TRANSIT COTE D'IVOIRE SARL c/ 1.- SDV COTE D'IVOIRE dit SDV-CI/ 2.- Société IED/ 3.- Administration des douanes.-Le Juris-Ohada n° 2- avril-mai-juin 2008, p. 13.- Recueil de Jurisprudence de la CCJA, n° 11, janvier-juin 2008, p. 35. Ohadata J-09-29 ; Actualités juridiques n° 60-61, p. 435, note anonyme. Ohadata J-09-318 ; Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 92 du 31 janvier 2003, Dame Ghussein Fadiga Malick c/ Société Alliance Auto, Penant n° 872, p. 379, Observations de Robert ASSONTSA et Hervé Martial TCHABO SONTANG. Ohadata J-10-248 ; Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 101 du 05 novembre 2004, NABA Arsène c/ La Société DTP/CSE. Ohadata J-09-12.

[1147] Article 67 de l'AUS. GATSI (J.), *Droit des biens et des sûretés dans l'espace OHADA*, *op. cit*., p. 49.

[1148] NABET (P.), « Le droit au paiement intégral du rétenteur d'un actif inclus dans un plan de cession », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n° 4, 01 septembre 2011, p. 256.

exclu pour un bénéficiaire du privilège d'être payé sur le prix de vente d'un bien grevé d'un droit de rétention.

La solution est d'ailleurs évidente si le droit de rétention est réel. La chose étant retenue, le bénéficiaire du privilège ne peut s'en emparer. La chose continuera d'être retenue si le paiement complet de la créance n'intervient pas[1149]. La solution existe également en cas de liquidation des biens. Le syndic ne peut retirer la chose retenue qu'en désintéressant le créancier rétenteur[1150]. Il a également la possibilité de retirer la chose sans l'avoir désintéresser au cas où il ne s'y oppose pas et de la vendre[1151]. Mais en pareille hypothèse, il y a report du droit de rétention sur le prix. Le prix de vente du bien est ainsi affecté exclusivement à la satisfaction du créancier, sans que les créanciers des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP puissent espérer le moindre centime. Une telle technique permet donc au créancier d'éviter tout concours avec ceux des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP.

En redressement judiciaire, seuls les créanciers de salaires et les titulaires d'un droit de rétention ou de propriété sont à l'abri du privilège des articles 5-11, 11-1 et 33-1. C'est dire qu'exceptés ces derniers, les bénéficiaires du privilège priment sur tous les autres créanciers comme c'est d'ailleurs le cas dans la liquidation des biens.

b. L'opposabilité du privilège dans la procédure de liquidation des biens

557. En cas de liquidation des biens, il ressort des articles 166 et 167 du nouvel AUPCAP que les créanciers bénéficiant du privilège des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP priment sur tous les autres créanciers de l'entreprise à savoir les créanciers de frais de justice, les créanciers de salaires super privilégiés, les créanciers hypothécaires, les créanciers séparatistes, les créanciers de la masse, les créanciers gagistes, les créanciers munis d'un privilège général, les créanciers chirographaires, etc. Ils doivent donc être intégralement payés avant ces derniers. La solution paraît logique. Les concours financiers sont apportés afin de sauver l'entreprise dans l'intérêt de tous les

[1149] Le créancier rétenteur qui ne reçoit pas paiement peut, comme le créancier gagiste auquel il est assimilé, solliciter après une mise en demeure adressée au débiteur, l'attribution à son profit du bien retenu (article 104, alinéa 2 de l'AUS). Sur la question, voir Cour d'appel d'Abidjan, 4ème Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 971 du 18 novembre 2005, affaire Société SCIMI c/ Société Dalyna Traval Agency. Ohadata J-09-362.

[1150] Article 149, alinéa 1 du nouvel AUPCAP.

[1151] LE MAIGAT (P.), « La vente d'un bien gagé ne peut intervenir qu'après autorisation préalable par le juge commissaire du paiement de la créance », *La Semaine juridique*, n° 12, 22 mars 2000, p.538.

créanciers anciens et nouveaux. Ils doivent donc être préférés à ces derniers. De plus, parce qu'ils ont fait confiance à l'entreprise postérieurement à ses difficultés, les bénéficiaires du privilège doivent être intégralement payés avant tous les autres créanciers de l'entreprise. Il ya lieu de souligner l'effort du législateur de protéger les partenaires financiers des entreprises en difficultés qui peuvent prétendre à un traitement préférentiel, ce qui devrait faciliter le financement des entreprises en difficultés surmontables.

558. Ainsi réglé le conflit externe, il convient dès lors de s'appesantir sur le conflit interne qui intervient lorsque les bénéficiaires du privilège viennent en concours entre eux. Une telle hypothèse s'observe généralement lorsque les deniers à distribuer sont insuffisants pour désintéresser tous les bénéficiaires du privilège. En pareille hypothèse, doit-on désintéresser certains au détriment des autres ?

Les alinéas 2 des articles 166 et 167 du nouvel AUPCAP prévoient qu'en cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7° et 8° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc. C'est dire que les bénéficiaires du privilège doivent être payés de la même manière en proportion de leur créance si le patrimoine du débiteur ne permet pas de les désintéresser en totalité. Une telle mesure a l'avantage de satisfaire ne serait-ce que partiellement les bénéficiaires du privilège. Elle rentre de la sorte en droite ligne avec l'article du 2097 du C.civ.qui dispose que : «*Les créanciers privilégiés qui sont dans le même rang sont payés par concurrence*».

La mesure n'étant prévue que dans le cadre de la liquidation des biens, il serait judicieux de l'appliquer également dans la procédure de redressement judiciaire au cas où ces derniers venaient à se présenter le même jour[1152]. C'est entre autres ce qui conférera au privilège sa portée pratique.

[1152] Comme précédemment évoqué, le traitement des créances postérieures se fait dans l'ordre dans lequel se présentent les créanciers ; le premier arrivé est le premier servi. Aucune difficulté ne se pose dans ce cas. Lorsque par contre ces derniers se présentent en même temps, il se pose un véritable problème d'ordre de paiement. Le législateur OHADA n'ayant rien prévu à cet effet dans la procédure de redressement, c'est à juste titre que nous pensons qu'un paiement proportionnel permettrait dans la moindre mesure du possible aux bénéficiaires du privilège d'obtenir satisfaction.

B. La portée pratique du privilège

559. La seule justification idoine du traitement de faveur accordé aux créanciers bénéficiant du privilège des articles 5-11, 11-1 et 331 du nouvel AUPCAP est d'ordre pratique[1153], dès lors que ces derniers sont indispensables à la poursuite de l'activité. Il fallait donc les inciter au financement des entreprises en difficultés (1) en leur garantissant un régime de faveur. Seulement, cette volonté d'apporter le crédit nécessaire aux entreprises en difficultés peut à certains égards entraîner des conséquences néfastes (2). C'est sans doute la raison pour laquelle en intégrant le privilège « *d'argent frais* », le législateur a maintenu le rang jadis réservé aux créanciers de la masse de l'article 117 de l'ancien texte. Il a donc voulu relativiser les conséquences pratiques du privilège dans l'optique de permettre aux entreprises d'obtenir des financements (3).

1. L'incitation au financement des entreprises en difficultés

560. Le privilège des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP a été institué afin d'inciter les partenaires des entreprises au financement de celles qui connaissent des difficultés.

L'idée d'opérer et de maintenir une distinction de traitement entre les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective est résolument bonne. Toute distinction postule un objectif déterminé. En effet, si les personnes ayant financièrement concouru au sauvetage d'une entreprise en difficultés bénéficient d'un tel traitement préférentiel, c'est dans le dessein d' « *appâter* »[1154] les apporteurs de crédits, en leur accordant en contrepartie de leurs concours, un paiement à l'échéance et à défaut une priorité de paiement. Il s'agit de parvenir à financer les entreprises en difficultés. De la sorte, l'approvisionnement des entreprises en difficultés est assuré. Etant à l'abri des poursuites individuelles des créanciers antérieurs, le débiteur pourra donc aisément reconstituer ses fonds.

Voulant ainsi favoriser au maximum le financement des entreprises en difficultés, le législateur OHADA assure aux créanciers des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel

[1153]RIPPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, p.1041.
[1154] PEROCHON (F.) et BONHOMME (R.), *Entreprises en difficultés-instruments de crédits et de paiement*, L.G.D.J., 8e éd. 2009, n°303 et s.

AUPCAP un traitement préférentiel. Les créanciers n'accorderaient jamais leur crédit à une entreprise en difficultés sans avoir une certaine garantie de paiement. Ce n'est donc pas l'empire de générosité qui inspire le législateur OHADA lorsqu'il institue les articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP, mais la loi de la nécessité. Ces articles constituent d'ailleurs la pierre angulaire du financement des entreprises dans l'optique de leur sauvetage.

Toutefois, s'il est vrai qu'une telle règle a vocation à inciter les partenaires des entreprises au financement de celles qui connaissent des difficultés, il n'en demeure pas moins qu'elle peut également avoir des conséquences néfastes qu'il conviendrait d'envisager.

2. Les conséquences néfastes envisageables

561. La priorité de paiement instituée en faveur des bénéficiaires du privilège peut entraîner plusieurs conséquences à l'encontre de l'intérêt des entreprises soumises ou non aux procédures collectives.

Si le privilège « *d'argent frais* » a l'avantage de favoriser le financement des entreprises en difficultés, il a l'inconvénient de décourager les bénéficiaires de la priorité de paiement de l'article 117 à s'immiscer dans une opération de redressement initiée en vue de sauver une exploitation. Le financement est certes important pour le sauvetage des entreprises en difficultés, mais il est des hypothèses où il s'avère rare au point que seules les autres techniques de redressement permettent de sauver une exploitation.

562. En outre, la priorité de paiement peut constituer un obstacle au financement des entreprises in bonis. En effet, la distinction créanciers antérieurs -ceux qui ont traité avec l'entreprise antérieurement à ses difficultés- et créanciers postérieurs intervenant après l'ouverture d'une procédure collective est de nature à décourager les partenaires des entreprises qui auront du mal à apporter leur concours aux entreprises non encore soumises à une procédure collective au regard de cette priorité de paiement instituée en faveur des créanciers postérieurs des entreprises en difficultés.

563. Le législateur OHADA a cru bon, pour favoriser sinon le redressement des entreprises en difficultés, du moins la continuation de l'activité, de sacrifier les créanciers antérieurs aux besoins de la procédure par le biais des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du

nouvel AUPCAP qui prévoient un régime avantageux pour les créanciers des procédures de conciliation, de règlement préventif et de redressement judiciaire. Non seulement les sacrifices sont imposés aux créanciers antérieurs mais aussi et surtout ceux-ci sont primés par les bénéficiaires du privilège en cas de redressement judiciaire et de liquidation des biens. Une telle initiative a pour conséquence de limiter le financement des entreprises in bonis d'une part, et de générer des abus d'autre part. En effet, un établissement de crédit confronté à son débiteur en difficultés peut tout d'abord l'inciter à demander l'ouverture d'une procédure collective, afin de poursuivre son concours financier dans des conditions plus favorables.

Le chef d'entreprise lui-même peut obtenir un rééchelonnement de son crédit sous la menace d'une demande d'ouverture d'une procédure collective, qui entraînerait l'arrêt des paiements et une restructuration imposée à tous les créanciers antérieurs. C'est entre autres des mesures échappatoires au traitement réservé aux créanciers antérieurs d'une entreprise en difficultés. Ces mesures sont constitutives d'abus et entraînent comme conséquence le gonflement du passif prioritaire. C'est sans doute dans l'optique d'éviter ces abus d'une part et de favoriser le financement des entreprises même in bonis d'autre part que le législateur OHADA a opté pour un tel classement dans la distribution des deniers relevant de la réalisation des meubles et des immeubles du débiteur. Au regard du classement opéré, tout laisse croire qu'il a entendu relativiser les conséquences pratiques de la priorité de paiement.

3. La relativisation des conséquences pratiques de la priorité de paiement

564. Même si le souci de sauvetage des entreprises en difficultés commande que les sacrifices soient imposés aux créanciers antérieurs, l'on ne saurait autant reléguer ces derniers à un rang de nature à biaiser le financement car le traitement accordé à un créancier antérieur est de nature à décourager ce dernier à poursuivre tout contrat en cours surtout lorsque ledit contrat entre dans la catégorie des contrats « *intuitu personae* » qui ne sont pas de continuation stricte.

La prise en compte des intérêts en présence commande que les règles applicables soient protectrices des intérêts de l'entreprise, des créanciers postérieurs et même des créanciers antérieurs. Ces règles doivent être de nature à favoriser le sauvetage des

entreprises en difficultés. C'est dire qu'elles doivent prendre en compte, même de façon inégale, les droits des créanciers de l'entreprise en difficultés fussent-ils antérieurs ou postérieurs. Elles ne sauraient pleinement sacrifier les uns au profit des autres.

565. Si l'on s'en tient au classement opéré par le législateur OHADA dans l'hypothèse de liquidation des biens l'on serait tenté de dire qu'un tel classement est fondé sur le souci de relativisation des conséquences pratiques du droit de priorité. Seulement, au regard des manifestations du privilège « *d'argent frais* » et même de la priorité de paiement de l'article 117 du nouvel AUPCAP dans l'hypothèse du redressement, force est de dire que le droit de paiement à l'échéance des créanciers postérieurs constitue un traitement préférentiel eu égard aux sacrifices imposés aux créanciers antérieurs. En permettant de payer en premier lieu les bénéficiaires du privilège « *d'argent frais* » tout en reléguant les créanciers postérieurs de l'article 117 au cinquième et septième rang pour la distribution des deniers provenant respectivement de la réalisation des immeubles et des meubles, le législateur OHADA a sans doute voulu relativiser les conséquences pratiques du privilège « *d'argent frais* » ainsi que de la priorité de paiement de l'article 117 AUPCAP afin de ne pas préjudicier aux intérêts de ceux-là qui, en traitant avec l'entreprise antérieurement à ses difficultés, ont exigé des garanties afin de se prémunir contre le risque de défaillance survenue.

Cette option du législateur OHADA à préférer les partenaires financiers des entreprises en difficultés aux partenaires non financiers est sans doute ce qui incitera les banquiers au financement des entreprises en difficultés puisqu'en ce qui concerne la question de leur responsabilité, l'on observe en pratique une limitation de la responsabilité bancaire du fait des concours aux entreprises en difficultés.

SECTION 2. LA RESPONSABILITÉ LIMITÉE DU BANQUIER DISPENSATEUR DE CRÉDIT AUX ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS

566. Bien que consacrée par les textes, la responsabilité du banquier est difficile à cerner[1155]. Cette difficulté qui résulterait de plusieurs raisons explique l'aménagement qui doit y être apporté. Il conviendrait donc de présenter ces différentes raisons (§1) avant d'épiloguer sur l'aménagement proprement dit (§2).

§ 1. Les raisons envisageables

567. Les raisons de l'aménagement de la responsabilité du banquier tiennent tantôt aux principes directeurs de cette responsabilité (A), tantôt au souci de promouvoir le sauvetage des entreprises en difficultés (B) et tantôt à la question de l'appartenance du banquier à la masse des créanciers (C).

A. L'incertitude de certaines règles de responsabilité

568. L'imprécision de la notion de « *situation irrémédiablement compromise* » (1), la difficulté de preuve du montant de crédit dans la rupture abusive du crédit (2), la difficulté de preuve de la faute du banquier (3), la remise en cause du principe de non ingérence (4) ainsi que la preuve de dirigeant de fait (5) constituent les principales difficultés de mise en jeu de la responsabilité bancaire.

1. L'imprécision de la notion de « *situation irrémédiablement compromise* »

569. La situation irrémédiablement compromise est à la base de toute responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit[1156]. Pourtant, il ressort que cette notion, créée par la jurisprudence, est assez mal définie au point où le banquier ne saurait connaître les faits susceptibles de constater que la situation d'une entreprise est irrémédiablement compromise[1157]. De la sorte, retenir la responsabilité du banquier pour octroi du crédit à

[1155] C'est sans doute l'une des justifications de la réticence des tribunaux à retenir la responsabilité des banquiers. C'est à juste titre que l'on pourrait affirmer une ineffectivité de cette responsabilité en pratique.
[1156] MAGUEU KAMDEM (J. D.), *Les banques et les entreprises en difficultés*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2004-2005, p. 111.
[1157] *Idem.*

une entreprise dont la situation était irrémédiablement compromise au moment de l'octroi du crédit serait injuste. Pour retenir la responsabilité du banquier, toutes les précisions doivent être apportées afin que le banquier sache effectivement les limites de son engagement. En cas de dépassement, sa responsabilité devra raisonnablement être retenue.

Comme l'imprécision de la notion de « *situation irrémédiablement compromise* », la difficulté de preuve du montant de crédit promis dans la rupture abusive constitue un obstacle à la mise en jeu de la responsabilité bancaire.

2. La difficulté de preuve du montant de crédit promis dans la rupture abusive

570. Paradoxalement, un élément difficile à prouver dans la rupture abusive de crédit est celui du montant du crédit[1158].

Souvent il n'y a pas d'écrit fixant le montant du découvert accordé. En l'absence d'écrit, il est difficile pour la victime d'établir la preuve du montant du crédit promis lorsque celui-ci est rompu abusivement. De la sorte, la responsabilité du banquier sera difficilement engagée à partir du moment où non seulement l'écrit constitue parmi les différents moyens de preuve, un gage de sûreté et d'efficacité, mais aussi et surtout la preuve est ce qui fait le droit.

571. Toutefois, ne perdons pas de vue que l'on est en général, en matière commerciale et que, dans cette matière la preuve est libre. Elle pourra donc être rapportée par tous moyens même par voie électronique[1159]. Au demeurant, même si le découvert est consenti à un non commerçant, la preuve, qui est à établir contre le banquier se fera par tous moyens. Si le crédit est assorti des garanties, on pourrait penser que le montant pour lequel les garanties sont prises prouve l'existence de l'autorisation et le montant du découvert. Il s'agit toutefois là d'un indice qui n'emporte pas conviction. En effet, les garanties peuvent être prises pour tous crédits en cours (crédits d'investissement et découvert par exemple). Il sera dans ce cas difficile de rapporter la preuve du montant du crédit, ce qui aura pour conséquence de limiter la responsabilité du banquier. La même difficulté s'observe également lorsque le cocontractant doit prouver la faute du banquier.

[1158] COUDERT (J-L.) et MIGEOT (P.), « Appréciation par l'expert du comportement du banquier dans la distribution du crédit », *préc*., p.10.
[1159] Article 5 de l'AUDCG.

3. La difficulté de preuve de la faute du banquier

572. Toute responsabilité suppose une faute dont la preuve doit être rapportée. Le demandeur de l'action doit donc rapporter la preuve de la faute du banquier afin que la responsabilité de ce dernier soit retenue. Il doit prouver que le banquier a financé des déficits de son client.

La preuve du financement des déficits est difficile à rapporter du moment où le demandeur doit prouver non seulement la situation irrémédiablement compromise mais aussi l'octroi du crédit par le banquier et sa connaissance parfaite de ladite situation. La preuve de l'immixtion doit également être rapportée.

Toutes ces preuves étant difficiles à rapporter, il y a lieu de se demander si une responsabilité du banquier pourra être retenue pour le financement des déficits ou pour immixtion surtout que relativement à cette dernière, force est de constater qu'elle est généralement remise en cause par le devoir de vigilance.

4. La remise en cause du principe de non ingérence

573. Le principe de non ingérence du banquier, principe dont l'inobservation entraîne des sanctions, est tempéré par le devoir de vigilance[1160]. Aussi, l'on observe dans la distribution du crédit une nécessité d'ingérence du banquier dans les affaires de son client.

Selon la jurisprudence, notamment française[1161], le principe de non ingérence trouve une limite dans le devoir de vigilance incombant au banquier[1162]. Ce devoir contredit le principe de non ingérence en ce sens qu'il conduit le banquier à procéder à certaines vérifications et à refuser de participer à certaines opérations. Le banquier doit-il alors être responsable pour immixtion dans les affaires de son client, quand bien même il est astreint à une vigilance ? Il conviendrait de répondre à cette question par la négative du moment où le devoir de vigilance entraîne inévitablement une immixtion du banquier dans les affaires de son client.

[1160] COUDERT (J.-L.) et MIGEOT (P.), « Appréciation par l'expert du comportement du banquier dans la distribution du crédit », *préc*., p.9.
[1161] Cass. Com, 28 janvier 1930, *Gaz-Pal*, 1930, 1.550 ; *RTD Civ*, 1930, 36, Obs. DEMOGUE.
[1162] BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, *op.cit*., p.244.

La non ingérence du banquier est un principe souvent atténué par une affirmation qui est le droit pour le banquier d'exercer une certaine surveillance sur les fonds prêtés[1163]. Il est surtout admis au banquier de surveiller l'affectation à l'opération prévue des fonds prêtés même s'il n'a pris aucun engagement en ce sens[1164]. Du moment où la surveillance est la conséquence de la prudence, le banquier ne saurait demeurer sans réagir devant le détournement et même le gaspillage de cet argent. Tel est le cas lorsque l'entreprise n'arrive pas, faute de compétence à gérer le crédit.

L'ingérence du banquier est mieux adaptée à notre contexte car il est plus facile de tolérer une immixtion plus grande du banquier dans les affaires de son client incapable de les gérer correctement tout seul. Autant elle permet au banquier de s'assurer contre le non remboursement du crédit, autant elle est bénéfique pour l'entreprise. L'inexpérience et même l'incapacité des dirigeants sociaux à gérer les entreprises justifient également la nécessité de l'ingérence du banquier lorsqu'il s'agit d'éviter une situation irrémédiablement compromise. Il conviendrait toutefois pour le banquier d'être prudent à partir du moment où sa responsabilité pourra y résulter comme dirigeant de fait. Seulement, au regard de la difficulté de preuve de la qualité de dirigeant de fait, une telle responsabilité sera difficilement mise en jeu.

5. La difficulté de preuve de la qualité de dirigeant de fait

574. Si la preuve de la qualité de dirigeant de droit ne pose guère de difficultés, celle de dirigeant de fait est loin d'être évidente. Or, pour pouvoir bénéficier de l'action, le demandeur doit prouver la qualité de dirigeant de fait de la personne contre qui l'action est intentée[1165].

S'il est vrai que la responsabilité du banquier dirigeant de fait peut être retenue, il n'en demeure pas moins qu'elle peut être écartée en l'absence de toute preuve. Le demandeur doit donc prouver que le banquier a assisté à un conseil de l'entreprise en qualité de membre, qu'il a été intégré dans la hiérarchie de l'entreprise, qu'il a subordonné la mise en place de nouveaux crédits à la restructuration de la société cliente

[1163] KALIEU (Y.R.), *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, Thèse précitée, p.294.
[1164] *Idem.*
[1165] POUGOUE (R.-G) et KALIEU (Y.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, *op.cit*., p.95.

etc. Il y a non seulement lieu d'y voir une difficulté de preuve, mais également le fait que les tribunaux disposent d'un pouvoir d'appréciation des faits allégués pour retenir la responsabilité d'un dirigeant de fait.

Outre ces difficultés de mise en jeu de la responsabilité bancaire, le souci de promouvoir le sauvetage des entreprises en difficultés constitue une autre raison de la limitation de la responsabilité bancaire.

B. Le souci de promouvoir le sauvetage des entreprises redressables

575. La limitation de la responsabilité bancaire peut avoir un impact significatif sur le financement des entreprises en général et de celles qui connaissent des difficultés en particulier. En tant que partenaires privilégiés et même incontournables des entreprises (1), les banquiers ont besoin d'une telle motivation afin de s'investir dans le financement des entreprises en difficultés surmontables (2).

1. L'inévitable dépendance économique de l'entreprise au banquier

576. Le rôle d'intermédiation financière du banquier ainsi que la quasi inexistence des crédits interentreprises dans l'espace OHADA sont de nature à rendre dépendantes les entreprises vis-à-vis des banques.

Le financement par le crédit bancaire domine au Cameroun, comme dans les autres États de la zone OHADA. Le plus souvent, l'entreprise qui sollicite un financement commence par s'adresser à une banque pour demander l'octroi ou le renouvellement d'un prêt. Le banquier est donc la première personne à qui incombe la difficile mission de fournir des financements afin que les entreprises surmontent leurs difficultés. Le financement des entreprises par le crédit bancaire apparaît de la sorte indispensable à la survie de celles-ci.

577. Financer une entreprise en difficultés dans le souci de son redressement est une initiative louable et même à encourager. Seulement, le risque de responsabilité auquel s'expose le banquier n'est généralement pas de nature à favoriser le financement. C'est assurément la raison pour laquelle les tribunaux n'hésitent pas à débouter les demandeurs de leurs prétentions lorsque ces derniers ne parviennent pas à établir tous les éléments constitutifs de la responsabilité bancaire. Toutefois, si l'objectif premier des

juges est de rendre justice, il n'en demeure pas moins que la recherche du financement des entreprises en difficultés en constitue un autre.

2. L'incitation du banquier au financement des entreprises

578. La promotion de la fourniture du crédit commande que soient assouplis les différents risques pouvant encourir le banquier parmi lesquels le risque de responsabilité.

Le risque est l'élément déterminant pour le banquier dans la décision d'octroi de crédit, tant au niveau de son coût que des conditions d'accès. Or le risque ne doit pas justifier le refus d'un banquier de fournir du crédit, par simple précaution ou prudence. C'est sans doute la raison pour laquelle les juges ont tendance à être de plus en plus exigeant sur l'application des principes de la responsabilité civile afin que les banquiers puissent davantage échapper à une telle responsabilité.

S'il est vrai que l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif admet le financement des entreprises en difficultés, il reste tout vrai qu'un tel financement ne sera effectif que si les partenaires des entreprises parmi lesquels les banquiers sont motivés à apporter leur concours. La limitation de leur responsabilité civile constitue à n'en point douter l'une des principales mesures incitatives au financement des entreprises en difficultés.[1166]

L'incitation du banquier au financement des entreprises en difficultés est une condition essentielle dudit financement sans laquelle le banquier ne saurait apporter le concours nécessaire au sauvetage de ces dernières. C'est d'ailleurs dans cette même optique que certains ont estimé que la responsabilité du banquier ne saurait être retenue à partir du moment où il fait partie de la masse des créanciers.

C. La question de l'appartenance du banquier à la masse des créanciers

579. Il est ici question de savoir si le banquier en tant que créancier dans la masse[1167] peut être poursuivi pour un fait qui profite à toute la masse des créanciers.

Pendant longtemps, les banquiers avaient réussi à faire déclarer l'action du syndic contre eux, irrecevable pour des raisons relevant de leur appartenance à la masse des

[1166] BOUCARD (F.), « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit », *préc*., p.17-18.
[1167] Les créanciers dans la masse sont les créanciers antérieurs ; ceux-là qui ont traité avec l'entreprise avant qu'elle ne soit soumise à une procédure collective.

créanciers. À ce titre, le banquier est en droit d'attendre du syndic qu'il défende ses intérêts en lui obtenant un bon dividende et non qu'il intente une action tendant à sa condamnation au paiement des dommages et intérêts au profit de la masse des créanciers[1168].

Dans le même ordre d'idées, on peut relever l'absence d'un intérêt propre de la masse des créanciers, en ce sens que la masse est seulement chargée de la défense des intérêts de chacun des créanciers qui la composent.

580. De plus, le fait que les créanciers de la masse ne subissent pas le préjudice invoqué de la même manière et dans les mêmes proportions peut être de nature à limiter la responsabilité des banquiers. En effet, selon certains auteurs[1169], tous les créanciers n'ont certainement pas souffert de la même manière du comportement reproché au banquier. Le créancier antérieur à l'ouverture du crédit critiqué ne peut se plaindre que de la perte d'une partie de son gage. Celui dont le droit est postérieur peut en revanche soutenir que si le crédit n'avait pas été accordé, l'activité à l'occasion de laquelle il s'est engagé n'aurait pu être exercée.

À cette question de l'appartenance du banquier à la masse des créanciers, une solution est apportée. Depuis 1976, suite aux critiques acerbes de la doctrine, la Cour de cassation française a, par un arrêt de principe, reconnu que « le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont confiés par la loi, qualité pour exercer une action en paiement de dommages et intérêts contre toute personne, fut-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué par ses agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif »[1170]. L'Acte uniforme a légalisé cette solution jurisprudentielle. Il y est expressément prévu que : « *les tiers, créanciers ou non, qui par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou (…) peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic (…)* »[1171].

581. En pratique toutefois, on ne retient que très rarement la responsabilité des banques. En effet, la responsabilité bancaire ne peut qu'entraîner la réticence des banques à octroyer du crédit. Si une telle responsabilité était souvent retenue, les entreprises en

[1168] SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, *op.cit*., p.51.
[1169] RIVES-LANGE (J.-L.) et CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *Droit bancaire*, précis Dalloz, 6e éd., 1995, n° 650.
[1170] Com. 17 janvier 1976, *D.* 1976, J. 277.
[1171] Article 118 du nouvel AUPCAP.

difficultés n'accèderaient pas aux crédits bancaires, puisque les banques auraient tendance à rompre les crédits dès les premières difficultés[1172]; pourtant c'est à ce moment que le crédit bancaire est plus important. C'est fort de cela que nous suggérons que des aménagements soient faits dans l'optique d'assouplir ladite responsabilité.

§ 2. les aménagements souhaitables

582. La crainte de voir leur responsabilité recherchée pour soutien abusif n'en demeure pas moins forte chez les banquiers qui sont pour cela réticents à apporter leur concours dès lors que l'entreprise est soumise à une procédure collective. La responsabilité bancaire a ainsi pour effet de rendre difficultueux le financement des entreprises soumises à une procédure collective. Afin de favoriser le financement de ces dernières, le droit se doit d'intégrer la prise du risque dans la fourniture du crédit. Cette intégration passe à coup sûr par l'encadrement de la responsabilité bancaire à raison des concours aux entreprises en difficultés ainsi que la clarté des principes directeurs de la responsabilité bancaire.

Pour favoriser l'essor du financement bancaire des entreprises, le législateur de l'OHADA se doit de limiter les cas où la responsabilité bancaire pourra être engagée. Il se doit de supprimer ce « *frein psychologique* » (A) qui ne peut que dissuader les banques de consentir des crédits, de crainte de voir ultérieurement leur responsabilité recherchée, alors même que l'entreprise en difficultés pourrait surmonter celles-ci. Il conviendrait donc pour le législateur OHADA d'assurer la sécurité juridique des prêteurs et de ne permettre l'engagement de leur responsabilité que dans certains cas (B).

[1172] CARAMALLI (D.), « Réforme du soutien abusif de crédit : le point de vue du praticien », *Les Petites Affiches*, n°76, 18 avril 2005, p.6 ; CREDOT (F-J.) et GERALD (Y.), « Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n°154, septembre-octobre 2005, p.10 ; CREDOT (F-J.), « Risque juridique et crédit bancaire aux entreprises », *Droit et Patrimoine*, Janvier 1994, p. 34 ; DE BERNARDY (J-L.), « Entreprises en difficultés, le banquier peut-il sans risque provoquer un changement efficace et durable ? », *Revue Banque*, n°377, octobre 1978, p.1112 ; DERRIDA (F.), « Le crédit et le droit des procédures collectives », *préc.*, p.67.

A. L'instauration du principe d'irresponsabilité du fait des concours aux entreprises en difficultés

583. L'irresponsabilité des créanciers du fait des concours aux entreprises en difficultés est une mesure en faveur du financement. Une telle mesure contribuera énormément à promouvoir la fourniture du crédit aux entreprises au moyen d'une plus grande sécurité juridique des banquiers. En l'état actuel du droit, ces derniers craignant une condamnation pour soutien abusif, n'osent plus, semble t-il, accorder des crédits. Il convient donc de mettre un terme à cette crainte, par le cantonnement de la responsabilité car le crédit est sinon le sang du moins le nerf de l'économie[1173].

Le financement des entreprises par le crédit bancaire est indispensable à la survie de celle- ci. Le crédit est en effet l'oxygène de l'entreprise et son épuisement entraîne inéluctablement la mort de celle-ci[1174]. Le sauvetage des entreprises par l'incitation au financement est le but recherché.

584. Les banquiers, mais aussi tous les autres créanciers dispensateurs de concours doivent bénéficier d'une immunité afin d'apporter l'aide souhaitée aux entreprises dont le sort semble déjà malheureusement réglé[1175]. La contrainte judiciaire devrait permettre au banquier de se dégager d'une éventuelle responsabilité de sorte que si le juge ou le syndic l'incitait à consentir de nouveaux crédits, il ne serait en aucun cas responsable des préjudices subis du fait de l'octroi de ces concours[1176]. La doctrine sur ce point a été rapidement rejointe par la jurisprudence lorsqu'elle admet plusieurs causes d'exonération de la responsabilité civile du banquier. Certaines de ces causes sont objectives, telles l'attitude des dirigeants ou l'intervention des pouvoirs publics[1177], tandis que d'autres sont

---

[1173] CAPOEN (A.-L.), *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficultés*, Thèse précitée, p.32.
[1174] MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), *Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises*, *op. cit.*, p.1358 et s., spéc. p.1360.
[1175] DEBRIDA (F.), « Rapport général », in *La responsabilité du banquier : aspects nouveaux*, association Henri Capitant, Tome XXXV, Economica, 1984, p.32.
[1176] *Idem.*
[1177] L'approbation par les autorités publiques d'une activité et des conditions dans lesquelles elle est exercée contribue fortement à légitimer des concours bancaires, STOUFFLET (J.), « Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit », *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz Paris, 1999, p.517 et s. spéc. p.522, à propos Cass.civ. 1ère, 25 mars 1997, *JCP* 1997 IV, 1070.

liées à l'application du droit des entreprises en difficultés tel que l'octroi de concours dans le cadre du règlement préventif[1178].

Aux prémices de la réflexion sur l'instauration du principe d'irresponsabilité, nous envisageons comme objectif premier le sauvetage autant que possible, des entreprises en difficultés, par des mesures d'anticipation et de prévention, afin de limiter au mieux les conséquences des défaillances d'entreprises sur l'environnement économique. La fourniture du crédit est étroitement liée aux risques que les banquiers sont prêts à prendre ; la menace d'une condamnation pour soutien abusif en est un bien trop grand.

Toutefois, dans le respect du droit constitutionnel des États membres de l'OHADA, la responsabilité du banquier ne saurait être supprimée totalement. Le principe de non responsabilité doit nécessairement être encadré par l'affirmation des exceptions sur lesquelles il conviendrait de s'appesantir.

B. La délimitation précise des fondements de la responsabilité

585. S'il est vrai que l'irresponsabilité du banquier dispensateur du crédit à une entreprise en difficultés doit être envisagée, il n'en demeure pas moins que sa responsabilité devra être engagée dans certains cas. C'et dire que des exceptions doivent être apportées à ce principe exonératoire afin d'éviter tout abus de la part des banques. De la sorte, nous pensons que la fraude [1179]du banquier, son immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur et la prise de garanties disproportionnées aux concours constituent les trois exceptions devant strictement encadrer la responsabilité du banquier. Ces différentes hypothèses doivent être délimitées de manière précise afin d'assurer la sécurité tant recherchée. La nécessité de déterminer le contour des exceptions est indispensable pour les banquiers. En effet, pour ne pas être inquiétés, les banquiers n'auront qu'à éviter d'entrer dans le cadre de l'exception.

[1178] Lire à cet effet, LIKILLIMBA (G.-A.), *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, préface de J. MESTRE, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 2e éd., 2001, pp.443 et s.

[1179] La fraude s'entend d'un acte accompli dans le dessein de préjudicier à des droits que l'on doit respecter. De la sorte, elle implique la mauvaise foi. D'aucuns l'ont d'ailleurs considéré comme un comportement relevant du droit pénal. Voir sur la question, LEGEAIS (D.), « Les concours consentis à une entreprise en difficultés », *JCP E*. no 42, 20 octobre 2005, étude 1510, no 11, p. 1748 ; ROUTIER (R.), De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises, D., 2005, no 22 , chron. p. 1478 et s., spéc. p. 1480, no 13 ; TCHOUAMBIA TOMTOM (J. B.), *La transparence dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, Thèse précitée, p. 438.

Le législateur OHADA ne doit donc pas entièrement supprimer la responsabilité du banquier, et donc le droit au recours des victimes de préjudices. Il doit à cet effet préciser les conditions d'engagement de l'action. Cette action ne sera donc uniquement recevable que si l'un des trois comportements ci-dessus mentionnés est relevé.

Pour limiter les risques d'engagement de la responsabilité, les banquiers dispensateurs de crédit doivent connaître l'étendue des fautes qui peuvent leur être imputées. C'est ainsi que non seulement les exceptions au principe d'irresponsabilité mais aussi les principes directeurs de la responsabilité du banquier doivent être clairement définis.

586. La responsabilité du banquier devra être retenue en cas de fraude[1180]. La fraude vise la « *violation d'une règle dont les conditions d'application sont réunies. Sa spécificité réside dans le caractère volontaire de la transgression de la part du sujet. Il implique donc un élément intentionnel, de mauvaise foi, dont la fraude constitue en quelque sorte une forme aggravée* »[1181]. Pour le professeur Vidal, « *il y a fraude à chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace qui rend le résultat inattaquable sur le terrain du droit positif* »[1182]. Il ressort de ce qui précède que le financement consenti à une entreprise en difficulté est frauduleux toutes les fois que ledit financement est octroyé à une entreprise en situation irrémédiablement compromise et lorsque les charges résultant dudit financement excèdent les capacités de remboursement de l'entreprise et que le concours a, de ce fait un caractère ruineux. Le syndic qui cherchera à mettre en jeu la responsabilité d'une banque devra, évidemment établir que celle-ci connaissait ou devait connaître les données économiques et financières caractérisant la faute.

Etant donné que les banques, même lorsqu'elles financent les entreprises, n'ont pas à se substituer aux dirigeants de ces entreprises dans la gestion financière de celles-ci[1183],

---

[1180] Selon l'adage *fraus omnia corrumpit* c'est-à-dire « *la fraude corrompt tout* », qui est d'application générale, la fraude peut toujours être reconnue par les juges comme constituant une faute du banquier. CAPOEN (A.L.), *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficultés*, Thèse précitée, p. 130 ; CREDOT (F.-J.) et SAMIN (T.), « Soutien abusif du crédit. Caractérisation de la fraude au sens de l'article L.650-1 du Code de commerce », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 6, novembre 2010, p.138.

[1181] AUDIT (B.), « Fraude », *in Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 755 et s.

[1182] VIDAL (J.), *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz 1957, Préface G. Marty, p.208.

[1183] STOUFFLET (J.) et MATHEY (N.), « Loi sur la sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005- Commentaires des dispositions applicables aux concours financiers », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n°1, janvier 2006, p.347.

c'est seulement lorsque les moyens d'information à leur disposition font apparaître de manière évidente que le financement est inapproprié soit à raison de la situation de l'entreprise qui est désespérée, soit parce qu'il sera ruineux, qu'une faute est relevée, ce qui signifie que le législateur doit subordonner la responsabilité bancaire à l'existence d'une faute lourde.

En exigeant une fraude du banquier, le législateur manifestera par là sa volonté à accroître le niveau d'exigence tout en restreignant davantage la responsabilité bancaire.

587. Quoiqu'il en soit, en définissant les hypothèses où le banquier peut être considéré comme responsable, le législateur africain doit clairement définir la notion de « *situation irrémédiablement compromise* » tout en précisant le contenu susceptible d'être donné à ce vocable mal défini. Du moment où cette situation a tendance à s'apparenter à la cessation des paiements sans pour autant être la même, seuls les tribunaux apprécient si celui qui dépose son bilan est en « *situation irrémédiablement compromise* », ce qui paraît inconcevable. Les textes doivent donc énoncer les éléments constitutifs d'une « *situation irrémédiablement compromise* ». Ceci permettra davantage aux banquiers de mesurer le risque qu'ils courent dans leurs relations avec leurs clients.

Comme la « *situation irrémédiablement compromise* », les textes doivent clairement énoncer les faits constitutifs de direction ou gestion de fait au lieu de prévoir une sanction sans toutefois préciser la notion[1184]. Pourtant, la direction ou la gestion de fait est ce qui devra permettre de retenir la responsabilité du banquier pour immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur. Le législateur OHADA ayant fait de ce type de comportement un cas de responsabilité bancaire, il ne s'agira fondamentalement pas d'une innovation. Il est en effet admis qu'une banque ou tout autre créancier est tenu de supporter tout au partie du passif d'une entreprise lorsque son immixtion dans la gestion en fait un associé, voire un dirigeant de fait. Il convient dès lors de rappeler que l'immixtion dans la gestion n'est pas, en soi, source de dommage pour les créanciers de l'entreprise financée. Elle ne l'est que si elle s'est accompagnée d'une pression sur le

[1184] Le législateur OHADA n'a pas défini la notion de dirigeant de fait à l'article 180 du nouvel AUPCAP. Elle a toutefois été définie par la jurisprudence qui, de l'observation des situations de fait, en a établi les critères déterminants. « *Est dirigeant de fait, celui qui, en toute souveraineté, exerce une activité positive de gestion et de direction* ». CAPOEN (A. L.), *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficultés*, Thèse précitée, p.138.

dirigeant légal pour qu'il prenne des décisions privilégiant les intérêts du prêteur et l'on peut alors parler de fraude[1185].

588. Le banquier dispensateur de crédit aux entreprises en difficultés devra également être responsable lorsqu'il a exigé des garanties disproportionnées. L'exigence excessive des garanties traduit une méfiance permettant de présumer que le prêteur savait que l'opération financée présentait des risques excessifs ou que la situation de l'emprunteur n'était pas saine. C'est donc un élément qui contribue à caractériser la faute du prêteur et sa responsabilité envers les créanciers après ouverture d'une procédure collective. Il n'est certainement pas critiquable que la responsabilité du prêteur soit reconnue dans ce cas dans la mesure où un tel comportement pourra entraver le financement d'une entreprise qui par hypothèse, se trouvait dans une situation difficile. On observera seulement qu'une demande de sûreté d'une valeur excédant fortement le montant du crédit constitue, sans aucun doute, une faute lourde mais pas une fraude car en toute hypothèse le prêteur ne profitera des sûretés qu'à concurrence du montant de la créance garantie.

[1185] STOUFFLET (J.) et MATHEY (N.), « Loi sur la sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005- Commentaires des dispositions applicables aux concours financiers », *op.cit*., p.347.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

589. La situation du banquier créancier postérieur d'une entreprise en difficultés est quelque peu incitative. Outre le privilège des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP qu'il bénéficie, sa responsabilité quoi que consacrée, reste limitée en pratique.

Le privilège « *d'argent frais* » institué en faveur du banquier ayant apporté son concours à une entreprise en conciliation, en règlement préventif ou en redressement judiciaire, permet à ce dernier d'être payé à l'échéance en cas de redressement judiciaire. Il n'est donc pas soumis à la discipline collective avec tous les sacrifices qu'elle comporte. Ce privilège se déploie davantage en cas de liquidation des biens. C'est ainsi qu'il occupe le premier rang dans la répartition des deniers provenant de la réalisation des immeubles[1186] et des meubles[1187]. Le banquier bénéficiant du privilège des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP doit donc être intégralement payé avant tous les autres créanciers de l'entreprise. Une telle mesure s'avère intéressante parce que de nature à favoriser le financement des entreprises en difficultés.

590. De plus, bien que consacrée par les textes, la responsabilité du banquier se trouve limitée en pratique. Les raisons de cette limitation sont entre autres l'imprécision de certaines règles de responsabilité, le souci de promouvoir le sauvetage des entreprises redressables et la question de l'appartenance du banquier à la masse des créanciers. Ce constat a paru suffisant à suggérer que soit aménagée ladite responsabilité afin de la rendre plus favorable au financement des entreprises en difficultés. La responsabilité bancaire doit donc être encadrée. Cet encadrement passe par l'instauration du principe d'irresponsabilité du fait des concours aux entreprises en difficultés; principe toutefois assorti des exceptions.

[1186] Article 166, alinéa 1 du nouvel AUPCAP.
[1187] Article 167, alinéa 1 du nouvel AUPCAP.

CONCLUSION DU TITRE I

591. Le financement bancaire est indispensable au sauvetage des entreprises en difficultés. Il est peu d'exemples de redressement d'entreprises en difficultés qui réunissent sans apport d'argent frais. Un simple report d'échéance ne suffit généralement pas. Des apports en capital des détenteurs actuels de ce capital ou de nouveaux investisseurs constituent une solution souvent recherchée, mais pas toujours possible en fait et, en tout cas, elle est généralement insuffisante. Des fonds doivent donc être sollicités auprès des banques. Encore faut-il assurer à ceux-ci une protection efficace.

Concrètement, les banquiers veulent être soustraits à la loi du concours qui constitue un obstacle insurmontable à l'obtention des crédits nécessaires à la survie de l'entreprise. La crainte de voir leur responsabilité engagée est de nature à limiter tout concours bancaire. Fort heureusement, les articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP viennent instituer en faveur des banquiers créanciers postérieurs un privilège qui leur permet d'échapper à la discipline collective. L'on constate également une limitation de leur responsabilité qui est en pratique difficilement retenue. Seulement, s'il est vrai que ces différentes mesures se justifient par la volonté d'assurer le financement des entreprises en difficultés, il reste tout aussi vrai que le financement bancaire reste limité dans sa mise en œuvre. Plusieurs raisons soutendent cette limitation. Les contraintes réglementaires et l'exigence des garanties dans l'octroi du crédit en constituent les principales. Cependant, nous pensons qu'un aménagement des dispositions applicables aux concours bancaires est ce qui permettra à l'entreprise en difficultés de ne pas forcement recourir au financement extra-bancaire afin de surmonter ses difficultés.

TITRE II

LE FINANCEMENT EXTRABANCAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS

592. Pour financer leurs difficultés, les entreprises peuvent également recourir au financement extra-bancaire. Certes, le recours au financement bancaire apparaît souvent comme une solution évidente, mais face aux difficultés rencontrées dans ce domaine, il apparaît nécessaire d'observer les autres alternatives pouvant être offertes au débiteur.

Le financement extra-bancaire constitue un mode de financement alternatif à l'octroi de crédits bancaires susceptibles de permettre aux entreprises de se redresser compte tenu des difficultés à emprunter auprès des organismes bancaires. Même s'il est parfois préférable au financement bancaire, il lui est également complémentaire dans la mesure où l'entreprise en difficultés ayant obtenu un financement bancaire qui s'est avéré insuffisant peut y recourir afin d'obtenir un financement qui, ajouté au précédent, lui permettra de surmonter ses difficultés. Il s'agit donc d'une source de financement importante pour les entreprises en situation non irrémédiablement compromise.

Plusieurs techniques de financement extra bancaire existent. C'est ainsi qu'à côté des aides d'État (CHAPITRE 1), l'on retrouve divers autres circuits extra-bancaires (CHAPITRE 2) susceptibles de concourir au sauvetage des entreprises en difficultés. Il conviendrait donc de les examiner afin de dégager leur pertinence dans le financement d'une exploitation difficultueuse.

CHAPITRE 1

LES AIDES D'ÉTAT ET LE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS

593. La disparition des entreprises, surtout les plus importantes en termes d'emploi, ne saurait laisser l'État indifférent[1188]. Pourtant, c'est ce qui risque d'arriver si les difficultés des entreprises ne sont pas jugulées à temps[1189], si l'État[1190] ne s'investit pas dans le traitement desdites difficultés[1191].

Si l'intervention de l'État en faveur des entreprises publiques est classique, elle est plus récente en ce qui concerne les entreprises privées et revêt une grande importance.

L'octroi des aides financières publiques aux entreprises en difficultés constitue l'une des faces les plus importantes de l'interventionnisme économique, perçu comme un véritable service public[1192]. Il est certain que l'augmentation rapide du nombre des entreprises en difficultés ainsi que la multiplication des pertes d'emploi causées par les fermetures d'entreprises ne peut que susciter un intérêt croissant des pouvoirs publics pour les entreprises en difficultés[1193]. Or, l'attitude des pouvoirs publics devrait consister à laisser jouer les mécanismes de l'économie du marché en s'abstenant de soutenir une entreprise défaillante, au regard des principes du libéralisme[1194]. Mais, quand bien même les systèmes d'économie libérale refuseraient toute intervention dans le circuit économique, leur immixtion dans ce domaine se justifierait par la nécessité de sauvegarder l'intérêt général[1195].

[1188] SAWADOGO (F.M), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, *op.cit*, p.53.
[1189] *Idem.*
[1190] Il est devenu banal de constater que la défaillance d'une entreprise n'est plus une affaire privée mettant en jeu les intérêts d'un débiteur et de ses créanciers. CAMPANA (M.-J) et TEBOUL (G.), « Les aides d'État aux entreprises en difficulté », *Les Petites Affiches*, 21 novembre 2003, n°233, p.5.
[1191] Le rôle de l'État ne se limite pas à la mise en place d'un système législatif de prévention. Celui-ci peut également intervenir pour empêcher ou limiter les licenciements, favoriser la restructuration des entreprises, etc. Lire dans ce sens ALFANDARI (E.), *Droit des affaires*, *op. cit*., p. 275.
[1192] JEANTIN (M.), *Droit commercial, Instrument de paiement et de crédit, entreprises en difficultés*, 4e éd. Dalloz, 1995, p.313.
[1193] MARKUS (J.-P.), « Aides aux entreprises affectées par la crise financière », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 34, 26 août 2010, p.49.
[1194] NGUIHE KANTE (P.), *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit camerounais*, Thèse précitée, p.261.
[1195] Le droit communautaire de la concurrence dans la sous région CEMAC est d'inspiration libérale. Il repose essentiellement sur un socle néolibéral de l'économie de marché. MAKENTSOP WAMBA (C. L.), *La politique*

Ce rôle des pouvoirs publics, s'il est d'utilité publique et sociale, n'en est pas moins critiqué lorsque l'État intervient pour soutenir des entreprises qui devraient, en application de la loi du marché, disparaitre[1196]. En ce sens, l'État peut porter atteinte à la concurrence, et pénaliser indirectement des entreprises saines. Il risque aussi de se mettre en infraction par rapport aux règles communautaires de concurrence[1197].

594. Quoiqu'il en soit, le souci de garantir une concurrence saine et loyale est de nature à limiter l'interventionnisme étatique dans la sphère économique. C'est ainsi que le législateur de la CEMAC à travers le Règlement n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres ainsi que son homologue de l'UEMOA à travers le Règlement n°4/2002/CM/UEMOA du 23 mars 2002 relatif aux aides d'État à l'intérieur de l'UEMOA, tentent d'organiser le régime des aides d'État aux entreprises[1198].

L'intervention de l'État se traduit par les aides[1199] financières ou fiscales qui posent parfois le problème du soutien abusif[1200]. On se demande donc s'il n'y a pas lieu de faire le parallèle entre l'État et le banquier afin de retenir la responsabilité de celui-là dans les mêmes conditions que celui-ci, dans la mesure où cette intervention peut avoir donné une fausse apparence de solvabilité à l'entreprise et contribué à accroitre le passif ou à diminuer l'actif[1201].

L'étude de l'intervention des pouvoirs publics dans le financement des entreprises en difficultés peut donc être menée dans deux directions successives : d'abord la

---

communautaire de la concurrence et les aides aux entreprises dans la CEMAC, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2004, p. 8 ; OBOLENSKY (A.), « Pourquoi et comment aider les petites et moyennes entreprises ? », *Les Petites Affiches*, n° 223, 08 novembre 2000, p. 61.

[1196] MESTRE (J.) et PUTMAN (E.), « L'intervention des pouvoirs publics auprès des entreprises en difficultés », *Jurisclasseur commercial*, fascicule 3110.

[1197] CAMPANA (M.-J) et TEBOUL (G.), « Les aides d'État aux entreprises en difficulté », *op. cit*., p. 5.

[1198] Il est clair que l'État contemporain qui est interventionniste peut être un véritable trouble-fête pour la politique de concurrence communautaire. C'est la raison pour laquelle ces Règlements furent adoptés. Ils permettent aux autorités de contrôler les interventions publiques dans le circuit économique. KALIEU (Y.) et WATCHO KEUGONG (R. S.), « Commentaire du Règlement n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres », *Juridis Périodique*, nº 54, avril-mai-juin 2003, p.100.

[1199] L'État vient au secours des entreprises en difficultés en leur octroyant des aides directes ou indirectes (délais de paiement, garantie des emprunts souscrits par les entreprises privées, etc.) ainsi que des exonérations fiscales, en vue de faciliter leur sauvetage ou leur restructuration. Lire dans ce sens VALLENS (J.-L.), « Le droit de l'insolvabilité, une atteinte contrôlée à la concurrence », *Les Petites Affiches*, nº 117, 11juin 2008, p. 5 ; DECHEIX (P.), « Conditions et modalités de l'aide de l'État aux entreprises en difficulté en France », *Les petites affiches*, nº 75, p. 32 ; COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, *op. cit*., p. 541.

[1200] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, *op.cit*., p.108.

[1201] SAWADOGO (F.M.), OHADA, *Droit des entreprises en difficulté*, *op.cit*., p.53.

limitation des aides publiques (SECTION 1), puis la responsabilité de l'État dans l'octroi d'aides aux entreprises en difficultés (SECTION 2).

SECTION 1. LA LIMITATION DES AIDES PUBLIQUES

595. Dans l'optique de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles de dimension communautaire, les législateurs de la CEMAC[1202] et de l'UEMOA[1203] se sont attelés à encadrer les interventions publiques. C'est ainsi qu'ils ont posé le principe de l'incompatibilité des aides d'État avec le marché commun, en estimant que ces dernières sont susceptibles de fausser la concurrence intra communautaire[1204]. Cependant, pour des raisons diverses, ils ne déclarent pas toutes les aides d'État incompatibles avec le marché commun[1205]. Le principe d'incompatibilité des aides d'État (§1) est donc assorti de multiples dérogations qu'il conviendrait de préciser (§2).

§1. L'incompatibilité de principe des aides publiques avec le marché commun

596. Aux termes de l'article 2, 1ère*ment* du Règlement CEMAC n° 4 précité, *« sont incompatibles avec le marché commun dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides directes accordées par ces derniers ou celles octroyées au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ».*

[1202] Le Règlement CEMAC nº 1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles modifié par Le Règlement CEMAC nº 12/05/UEAC-CM-639 du 25 juin 2005 constitue le socle réglementaire du droit de la concurrence de la CEMAC.

[1203] Le droit UEMOA de la concurrence a pour base légale principale l'article 88 du Traité UEMOA du 10 janvier 1994 qui dispose que : «*un (1) an après l'entrée en vigueur du présent Traité, sont interdits de plein droit : a) les accords, associations et pratiques concertées entre entreprises ayant pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'union; b) toutes pratiques d'une ou de plusieurs entreprises assimilables à un abus de position dominante sur le marché commun ou dans une partie significative de celui-ci ; c) les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions*». Le droit de la concurrence de l'UEMOA est donc issu de son Traité fondateur. Il est en outre régi par le Règlement n°2/2002/CM/UEMOA du 23 mars 2002 relatif aux pratiques anticoncurrentielles à l'intérieur de l'UEMOA,

[1204] GNIMPIEBA TONNANG (E.), *Droit matériel et intégration sous-régionale en Afrique Centrale (contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC*), Thèse de Doctorat (Nouveau régime), Université de Nice-Sophia Antipolis IDPD, 2004, p.384.

[1205] Il ressort principalement du Règlement CEMAC n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 aout 1999 qu'aucune interdiction n'est faite aux États de dispenser des aides aux entreprises nationales dès lors que les aides concernées sont compatibles avec le marché commun. MODI KOKO (H. B.), *Droit communautaire des affaires (OHAADA-CEMAC) Tome 1 Droit commercial général et droit de la concurrence, op. cit*., p. 155.

De même, l'article 2, 1ère[ment] du Règlement UEMOA n°4 précité prévoit que « *conformément à l'article 88(c) [1206]du Traité et sous les conditions prévues par le présent Règlement, sont considérées comme incompatibles avec le marché commun et interdites de plein droit un (1) an après l'entrée en vigueur du Traité, les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* » . Il en découle que les aides accordées par les États membres sont en principe incompatibles avec et donc interdites (A). Le concept d'incompatibilité des aides avec le marché commun doit toutefois être distingué du caractère illégal qui peut entacher l'octroi d'une aide par les pouvoirs publics nationaux (B).

A. Le principe d'incompatibilité des aides d'État

597. Dans l'optique libérale et libre échangiste qui caractérise les Règlements CEMAC n° 4 /99 et UEMOA n° 4 /2002, toute interférence des pouvoirs publics dans le libre jeu de la concurrence est appréhendée négativement[1207]. Elle ne peut en principe que bouleverser artificiellement l'équilibre concurrentiel que les forces du marché sont seules capables d'assurer et partant, introduire des dysfonctionnements et des inefficacités dans la machine économique[1208].

En effet, les aides d'État aux entreprises constituent notamment sur le plan interne des moyens privilégiés de l'interventionnisme public en vue de soutenir ces dernières, d'orienter les investissements et de favoriser les politiques de l'emploi[1209]. Cependant, lorsque l'État accorde une aide à une entreprise donnée, il fausse le jeu de la concurrence

[1206] Aux termes de l'article 88 (c) du Traité de l'UEMOA, sont interdites de plein droit les aides publiques susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, sous réserve d'exceptions limitées pouvant être prévues par le Conseil des Ministres en vertu de l'article 89 du même Traité ». Le Traité a ainsi proclamé l'incompatibilité de la plupart des aides publiques avec le marché commun, puisque rares sont les aides susceptibles de favoriser toutes les entreprises ou toutes les productions. Le Règlement n° 4/2002 réitère l'interdiction des aides d'État tout en apportant plus de précision sur son contenu et sa portée.

[1207] Ces Règlements sont fondés sur la conception selon laquelle l'État et les entreprises sont investis de rôles différents sur le marché : l'État détermine sa politique économique et sociale alors que l'entreprise poursuit, dans le cadre défini par cette politique, des intérêts privés visant notamment la réalisation d'un profit.

[1208] KEPPENNE (J.-P.), *Guide des aides d'État en droit communautaire, réglementation, jurisprudence et pratique de la commission*, Bruylant Bruxelles, 1999, p.7.

[1209] GNIMPIEBA TONNANG (E.), *Droit matériel et intégration sous-régionale en Afrique Centrale (contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC*), Thèse précitée, p.386.

étant donné qu'il rompt l'égalité des moyens et, partant, les chances des entreprises venant en compétition[1210].

Sur le plan communautaire, les interventions publiques ont pour conséquence de dénaturer le principe communautaire d'une libre et saine concurrence du moment où elles favorisent les entreprises nationales bénéficiaires au détriment des autres acteurs du marché intérieur. C'est fort de cela qu'afin de garantir une certaine justice entre les entreprises dans le marché communautaire et de neutraliser les risques de distorsions de la concurrence qu'elles pouvaient générer, les Règlements CEMAC n°4 /99 et UEMOA n°4 /2002, posent comme principe de base l'incompatibilité avec le marché commun des aides publiques. Cette incompatibilité de principe vise essentiellement les aides qui remplissent certaines conditions (2). Il importe toutefois de donner un sens juridique à la notion d'aide d'État (1) afin de mieux appréhender les contours de la prohibition communautaire

1. La notion d'aide d'État

598. Construction du droit européen, la notion d'aide d'État[1211]n'a pas été définie par le législateur de la CEMAC[1212]. Le législateur de l'UEMOA a toutefois tenté de

[1210] GNIMPIEBA TONNANG (E.), *Droit matériel et intégration sous-régionale en Afrique Centrale (contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC*), Thèse précitée, p.386.

[1211] L'aide d'État se définit schématiquement par sa nature et par son objet. Par nature, l'aide consiste dans le financement d'une activité économique au moyen des ressources de l'État. L'aide est nécessairement de nature financière. Il en résulte par exemple qu'une mesure étatique visant à faciliter les licenciements dans certains types d'entreprises ne peut être ainsi qualifiée. Ce financement est accordé sur des fonds publics. Le financement d'une activité ne s'analyse comme une aide que s'il conduit à favoriser certaines entreprises ou certaines productions. L'aide est donc par hypothèse sélective La faveur accordée réside dans l'octroi d'un avantage sans contrepartie. Cet avantage peut résider dans le versement d'une somme d'argent (subvention) mais aussi dans la prise en charge par l'État des dépenses qui devraient normalement incomber à l'entreprise bénéficiaire (exonération ou allègement de charges fiscales, remise de dette, garantie d'un prêt). L'avantage doit être procuré sans contrepartie réelle. La mise en œuvre de ce critère pose des difficultés, notamment en cas de recapitalisation de certaines entreprises au moyen de fonds publics. L'État qui investit dans une société obtient en échange des droits sociaux avec tous les attributs qui leur sont attachés (droit de vote, droit au partage des bénéfices, droit patrimonial sur les titres de la société). Lorsque l'apport n'est pas justifié par la recherche d'un avantage corrélatif suffisant, il est malgré tout qualifié d'aide. C'est ce qui ressort de la mise en œuvre du critère de l'investisseur privé en économie du marché. Ce critère repose sur l'idée suivant laquelle des investisseurs privés attendent nécessairement un « *retour sur investissement* », que celui-ci soit direct ou indirect, immédiat ou à long terme, sécurisé ou aléatoire. Les investisseurs privés peuvent donc s'engager dans toutes sortes d'investissements à risque mais ils ne s'engagent jamais dans des investissements à fonds perdus. Pour savoir si une recapitalisation effectuée sur des fonds publics constitue ou non une aide, on se demandera donc si l'opération est suffisamment rentable pour qu'un investisseur privé eût pu l'envisager. Sur la notion d'aide d'État, lire PIRONON (V.), *Droit de la concurrence*, Gualino, Lextenso éd., 2009, p. 253- 254 ; COLSON (J.-P.) et IDOUX (P.), *Droit économique public*, 4e éd., L.G.D.J, 2008, p. 289-299.

[1212] L'alinéa 1 de l'article 2 du Règlement no 4/99 qui vise « *les aides directes accordées par ces derniers ou celles accordées au moyen des ressources de ce d'État sous quelque forme que ce soit* » ne définit pas spécialement la

donner un sens à la notion. Afin de mieux cerner les contours de la notion appliquée au droit communautaire, il conviendrait de s'intéresser aussi bien au droit européen qu'au droit UEMOA[1213].

À la suite de la définition proposée par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), les autorités communautaires européennes ainsi que celles de l'UEMOA ont progressivement construit les contours juridiques de la notion autour du concept « *d'avantage consenti* ».

Le droit positif européen appréhende les aides d'État en fonction de leurs effets économiques, indépendamment de la forme qu'elles peuvent prendre. Pour la Commission européenne, *« quelque soit la forme qu'elle prend, une mesure doit être considérée comme une aide d'État (…) si elle procure à l'entreprise en cause un avantage économique ou financer dont elle n'aurait pas bénéficié dans le cours normal de son activité et qui allège les charges qui grèvent normalement son budget* »[1214]. L'organe juridictionnel quant à lui, dans une approche fonctionnelle, considère qu'il s'agit « *des avantages consentis par les autorités publiques qui, sous les formes diverses, faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* »[1215].

S'appuyant sur l'apport de la jurisprudence des juridictions communautaires en la matière, ladite Commission a, dans son rapport de concurrence de 1996, apporté une précision à sa définition de la notion d'aide d'État. C'est ainsi qu'elle estime que: « *pour qu'une mesure soit considérée comme une aide qui relève du principe d'incompatibilité avec le marché commun (…), elle doit satisfaire à quatre critères. Elle doit procurer un avantage à l'entreprise, elle doit être accordée par l'État ; elle doit avoir un caractère spécifique, c'est-à-dire ne favoriser que certaines entreprises ou certaines productions ;*

---

notion d'aide. NJEUFACK TEMGWA (R.), *La protection de la concurrence dans la CEMAC*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2005, p. 95.

[1213] Pour un auteur, le droit de la concurrence UEMOA s'apparente parfois quasi textuellement au droit européen du même domaine. À titre d'exemple, l'article 88 du Traité de l'UEMOA apparaît comme le résumé des articles 81 et 82 du Traité de la Communauté Européenne. KASSE (M.), *Intégration et partenariat en Afrique : de l'UEMOA au NEPAD*. Plan OMEGA, éd. Silex/Nouvelles du sud, Yaoundé, 2003, p. 77 ; KAMWE MOUAFFO (M.-C.), *Droit de confidentialité et droits de la défense dans les procédures communautaires de concurrence*, *op. cit*., p. 20.

[1214] 26ème rapport sur la politique de la concurrence, 1997, commission européenne, n°167.

[1215] C.J.C.E, Affaire n° 173/73, Italie c/ commission, 02 juillet 1974, Rec., 1974, P.709 et affaire n°57/86, Grèce c/ commission, 07 juin 1988, Rec., p.1855.

enfin, elle doit affecter les échanges entre les États membres. Ces quatre conditions sont cumulables, l'absence de l'une d'entre elles excluant l'application du dispositif »[1216].

599. Aux termes de l'article 1er alinéa b du Règlement UEMOA n°4/2002 précité, «*on qualifie d'aide publique toute mesure qui i) entraine un coût direct ou indirect, ou une diminution de recettes, pour l'État, ses démembrements ou tout organisme public ou privé que l'État institue ou désigne en vue de gérer l'aide et ii) confère ainsi un avantage sur certaines entreprises ou certaines productions* ».

La notion d'aide d'État doit donc être appréhendée de façon extensive[1217]aussi bien en ce qui concerne la forme de l'aide que la personne publique qui fournit l'aide telle que le prévoient les droits européen et UEMOA de la concurrence. Pour le droit européen, ces avantages comprennent « *non seulement des prestations positives, telles que les subventions elles-mêmes, mais également des interventions, sous des formes diverses, allègent les charges qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, par là, sans être des subventions au sens strict du mot, sont d'une même nature et ont des effets identiques* »[1218]. La démarche ainsi adoptée permet aux autorités de contrôle d'identifier non seulement le destinataire des avantages consentis, mais également de rechercher le bénéficiaire réel de cette dernière. De ces avancées, la Commission européenne a pu dresser une liste non exhaustive des mesures susceptibles de recevoir la qualification d'aide d'État[1219]. Le législateur de la CEMAC a repris cette énumération. Il ressort en effet de l'article 2, 4ème ment du Règlement n°4 que les aides d'État peuvent notamment prendre la forme de subventions, d'exonérations d'impôts et de taxes, d'exonérations de taxes parafiscales, des bonifications d'intérêts, des garanties de prêt à des conditions particulièrement favorables, de fourniture de biens à des conditions préférentielles, de couverture de pertes d'exploitation[1220].

[1216] Voir 26ème rapport sur la politique de la concurrence 1996, Commission européenne, office des publications officielles des communautés européennes, 1997, n°166 et suivants.

[1217] Comme l'a relevé le Professeur Laurence IDOT, « *La conception particulièrement extensive de la notion d'aide, visant tout avantage conféré par l'autorité publique à une entreprise, est appliquée aux entreprises en difficulté, sans qu'il y ait de dérogation* ». IDOT (L.), « Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire », *RIDE*, 1998, p. 298 cité par ECKERT (G.), « Les procédures d'insolvabilité et les aides d'État : la politique de la Commission », *Les Petites Affiches*, n°117, 11 juin 2008, p. 14.

[1218] C.J.C.E, Affaire n° 30/59, de Gezamenlijke sleenkolenmynen in Limbourg c/ Haute autorité, Rec., 1961, p.3.

[1219] Le législateur de l'UEMOA n'a rien prévu dans ce sens.

[1220] Il a ainsi prévu sans exhaustivité des indices conduisant à « *deviner* » le contenu de la notion d'aide. NJEUFACK TEMGWA (R.), *La protection de la concurrence dans la CEMAC*, Thèse précitée, p. 95.

600. La notion « *d'avantage* » qui permet de déterminer l'aide d'État trouve parfois des limites, même si celles-ci sont difficiles à apprécier. Pour le droit positif européen, il n'y a pas avantage, donc pas d'aide d'État toutes les fois qu'un État membre rembourse un prêt indûment perçu[1221] ou perçoit une redevance pour service rendu[1222] ou encore indemnise un préjudice subi par un particulier[1223]. Comme l'indique la doctrine, la difficulté à démontrer l'avantage apparaît également lorsqu'il s'agit des tarifs préférentiels octroyés par les pouvoirs publics. Ces tarifs préférentiels sont en effet objectivement justifiés par des raisons économiques. Ainsi, pour le juge européen, « *de tels tarifs en faveur de l'énergie électrique sont justifiés par la nécessité de lutter contre la concurrence exercée sur le marché par d'autres sources d'énergie dont le prix serait compétitif par rapport au prix de la source d'énergie considérée* »[1224].

601. Au regard de ce qui précède, la notion d'aide d'État apparaît multiforme. C'est ainsi qu'elle recouvre aussi bien les aides actives que passives selon qu'elle se traduit par une participation directe de l'État à l'activité de l'entreprise ou, au contraire indirecte, par une réduction des charges qui pèsent sur elle par exemple.

L'article 2, 4ème ment du Règlement n° 4/99 considère les subventions aux entreprises comme la plus évidente des aides actives. Les subventions doivent s'entendre ici au sens littéral du terme c'est-à-dire comme les secours d'argent ou des fonds accordés par les gouvernements pour soutenir une entreprises, ou encore ceux accordés par l'État aux entreprises d'intérêt public.

Les aides actives peuvent également prendre d'autres formes. Il en est ainsi des bonifications d'intérêts, de fourniture de biens à des conditions préférentielles, etc. mais en toute hypothèse, ces aides publiques n'interviennent que comme complément à un effort financier consenti par les associés et banquiers de l'entreprise en difficultés.

On considère comme aides passives les exonérations d'impôts et taxes, les exonérations de taxes parafiscales, les garanties de prêt à des conditions particulièrement favorables, les couvertures de pertes d'exploitation, les monopoles publics, les marchés

[1221] C.J.C.E, Affaire n° 61/79, Denkavit Italiana SARL, 27 mars 1980, p.87.
[1222] C.J.C.E. Affaire n°240/83, ADBHU, 7 février 1985, Rec., p.531.
[1223] C.J.C.E. Affaire n°106 à 120/87, Asteris, 27 Septembre 1988, Rec, p.5515.
[1224] C.J.C.E. Affaires jointes n°67, 68 et 70/85, K.G VANDER KOOY BV et autres, 02 février 1988 Rec., p.270.

publics, les délais de paiement qui apparaissent importants lorsqu'une entreprise ne parvient pas à acquitter ses dettes fiscales ou sociales, etc.

Qu'elles soient actives ou passives, les aides d'État aux entreprises ne seront déclarées incompatibles avec le marché commun que si certaines conditions sont réunies. Il nous appartiendra donc de les déterminer afin de mieux cerner la distinction qui existe entre les aides incompatibles et les aides compatibles ou pouvant l'être.

2. Les conditions de l'incompatibilité des aides d'État

602. À la lecture des Règlements CEMAC n°4/99 [1225]et UEMOA n°4/2002[1226] il ressort que l'incompatibilité de principe des aides d'État avec le marché commun est subordonnée à la réunion de trois conditions. Tout d'abord, l'aide doit avoir une origine étatique[1227], ensuite il faudra prouver l'existence d'une menace réelle ou probable sur le libre jeu de la concurrence et enfin l'aide doit, si elle est accordée, affecter les échanges entre les États membres. L'aide est donc une mesure qui répond simultanément à trois caractéristiques : elle est financée au moyen des ressources de l'État, elle a un impact sur les échanges entre États membres (du moment où elle procure un avantage) et engendre une distorsion de la concurrence dans la communauté[1228].

Pour être incompatible avec le marché commun, l'aide étatique doit être à la fois imputable à l'État et avoir une incidence directe ou indirecte sur les ressources publiques[1229]. Les aides octroyées aux entreprises doivent avoir une origine étatique telle qu'il ressort des dispositions communautaires. En effet, l'approche extensive de la notion d'aide d'État adoptée par le droit positif européen et UEMOA, a pour corollaire la définition des autorités étatiques susceptibles de se livrer à de tels agissements. L'État est donc considéré au sens large, et le juges européen et UEMOA ont toujours considéré que les dispositions communautaires visaient les administrations centrales et leurs démembrements, ainsi que les autorités décentralisées ou fédérées telles les régions, les communes et toutes les autres formes de collectivités locales.

[1225]Article 2, 1[èrement] du Règlement CEMAC précité.
[1226] Article 2, 1[èrement] du Règlement UEMOA précité.
[1227] IDOT (L.), « Les mutations du droit des aides d'État », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2010, p. 46.
[1228] COLSON (J.-L.), « Actualité des aides d'État », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2009, p. 20.
[1229] CAS (G.), BOUT (R.) et PETIT (E.), *Lamy Droit économique Concurrence Distribution Consommation*, éd. Lamy, novembre 1996, p. 728.

603. L'autre critère de qualification des aides d'État est relatif au transfert de ressources publiques en faveur d'entreprises nationales publiques ou privées. Comme le précédent, il a également été apprécié de manière extensive par le juge européen. Cette interprétation relève d'une part de la grande diversité des ressources publiques susceptibles de constituer des aides au sens du dispositif communautaire, et de l'existence d'un lien direct ou indirect avec les ressources publiques d'autre part. Ces dernières englobent ainsi toutes les aides financées par des contributions imposées par les pouvoirs publics. Elles englobent donc les divers avantages fiscaux. Il peut également s'agir des taxes parafiscales ainsi que tous les moyens pécuniaires que le secteur public peut effectivement utiliser pour soutenir les entreprises.

En vertu de la deuxième condition des articles 2, 1ère[ment] des Règlements CEMAC n°4/99 et UEMOA n°4/2002, il faut que l'aide fausse ou menace de fausser la concurrence[1230]. La concurrence est faussée dès que l'intervention de l'État crée ou renforce artificiellement la puissance ou les capacités d'une entreprise par rapport aux autres. Dans cette mesure, la condition d'affectation de la concurrence apparaît souvent inhérente à la notion d'avantage. Elle est la conséquence naturelle de l'octroi d'une aide, celle-ci ne pouvant qu'altérer le jeu de la concurrence, peut donc être présumée, sauf circonstances exceptionnelles.

604. Les aides prohibées sont celles qui restreignent la concurrence dans le but de favoriser certaines entreprises. Cependant, contrairement aux aides sélectives visées par les dispositions communautaires, les aides générales peuvent être décidées en faveur de plusieurs entreprises ou de tout un secteur productif national. Ces mesures générales visent les interventions publiques qui ne sont pas sélectives mais qui ont vocation à s'appliquer à l'ensemble de l'économie d'un État membre, sans discrimination de traitement entre les opérateurs économiques[1231].

Conformément aux conditions générales d'applicabilité des règles communautaires de la concurrence, ne tombent sous le coup des articles 2, 1ère[ment] des Règlements

[1230] MODI KOKO (H. B.), *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC) Tome 1 Droit commercial général et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 155.
[1231] GNIMPIEBA TONNANG (E.), *Droit matériel et intégration sous-régionale en Afrique Centrale (contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC*), Thèse précitée, p.399.

CEMAC n°4/99 et UEMOA n°4/2002, que les aides qui affectent de manière sensible[1232] les échanges entre les États membres[1233]. On retrouve ici le traditionnel critère de l'affectation des échanges, qui, sous une forme ou une autre, conditionne une partie importante de la mise en œuvre du droit communautaire[1234]. Etant donné que le contrôle des aides d'État vise à empêcher les États de favoriser indûment leurs entreprises en leur octroyant un avantage concurrentiel artificiel vis-à-vis de leurs concurrents à l'intérieur du marché intérieur, il est logique que des aides qui n'affectent pas les échanges entre États membres n'aient pas à être contrôlées.

Lorsqu'une aide financière accordée par l'État renforce la position d'une entreprise par rapport à d'autres entreprises concurrentes dans les échanges intracommunautaires, ces dernières doivent être considérées comme affectées par l'aide.

Au regard de ce qui précède, il y a lieu de dire que pour justifier la mise en œuvre du contrôle communautaire, une aide d'origine étatique doit remplir une double condition : elle doit avoir pour conséquence de renforcer la position de son bénéficiaire sur le marché et affecter le commerce entre les États membres. Toutefois, pour mieux cerner le concept d'incompatibilité des aides d'États, il conviendrait de le distinguer des aides octroyés illégalement.

B. Distinction entre aide incompatible et aide octroyée illégalement : une distinction essentielle

605. Afin de mieux appréhender le système de contrôle des aides d'État en droit communautaire, il faut avoir présent à l'esprit la distinction clef entre le concept d'aide incompatible d'une part, et celui d'aide octroyée illégalement ou aide illégale [1235]d'autre part.

[1232] On peut déplorer que le Règlement n° 4 n'ait pas défini un seuil de sensibilité. Il revient à la Commission de s'en charger.

[1233] KALIEU (Y.) et WATCHO KEUGONG (R. S.), « Commentaire du Règlement n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres », *op. cit.*, p. 100.

[1234] KEPPENNE (J.-P.), *Guide des aides d'État en droit communautaire ; réglementation, jurisprudence et pratique de la commission*, *op.cit*, p.131.

[1235] Aux termes de l'article 1er, alinéa g du Règlement UEMOA n°4/2002, « *L'aide illégale est une aide nouvelle mise à exécution en violation de l'article 6* ». Celui-ci dispose que « *toute aide devant être notifiée (…) n'est mise à exécution que si la Commission a pris ou est réputée avoir pris une décision l'autorisant (…)*».

La notion de compatibilité renvoie à la substance de l'aide à savoir ses effets sur la concurrence à l'intérieur du marché commun et sa contribution au développement de la Communauté.

La notion de légalité de l'octroi est un concept de nature procédurale. Il s'agit de déterminer si l'octroi de l'aide au bénéficiaire, indépendamment de ses effets sur la concurrence, a été opéré dans le respect des règles de procédure prévues par les Règlements CEMAC n°4/99 [1236] et UEMOA nº4/2002[1237].

606. Ces deux concepts renvoient donc à des situations distinctes et les conséquences qui y sont attachées diffèrent. Ils sont indépendants l'un de l'autre, de telle sorte qu'une aide d'État peut être à la fois compatible mais octroyée illégalement, de même qu'elle peut être compatible et octroyée légalement ou encore incompatible et octroyée illégalement. En particulier, la violation de la part d'un État, de son obligation, prévue aux articles 3, 2ème ment du Règlement CEMAC n°4/99 et 5, 1ère ment du Règlement UEMOA nº4/2002, de notifier à la Commission ses projets d'aides et de ne pas les mettre à exécution sans l'accord de ce dernier, n'a pas pour effet de rendre ces mesures automatiquement incompatibles avec le marché commun. Nous pensons qu'un tel comportement est de nature à rendre l'aide illégale ; aide qui reste toutefois compatible dès lors qu'elle ne fausse pas ou tente de fausser la concurrence dans le but de favoriser certaines entreprises.

§2. La compatibilité de certaines aides d'État

607. Comme évoqué précédemment, les articles 2, 1ère ment des Règlements CEMAC n°4/99 et UEMOA nº4/2002 ne posent pas un principe d'interdiction absolue des aides publiques. Ils délimitent le champ d'application de la réglementation communautaire en laissant aux États le droit de prendre des initiatives en faveur de leurs économies[1238].

Conçue comme instrument de la politique communautaire, l'interdiction est essentiellement destinée à dissuader les États membres d'utiliser les aides publiques à des fins protectionnistes, comportements qui perturbent presque toujours le libre jeu de la

[1236] Articles 3 et s.
[1237] Articles 5 et s.
[1238] MODI KOKO (H. B.), *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC) Tome 1 Droit commercial général et droit de la concurrence*, *op. cit.*, p. 155.

concurrence[1239]. Les dispositions de l'article 2, 2ème ement du Règlements CEMAC n°4/99 et 3, 1ère ment du Règlement UEMOA nº4/2002 prévoient donc respectivement deux et six types de dérogations[1240] qu'il serait judicieux d'inventorier (A). Toutefois, même si certaines aides sont ou peuvent être compatibles avec le marché commun, il reste que la compétence exclusive de la Commission est nécessaire pour la détermination des aides compatibles (B). De plus, l'aide publique étant susceptible de concourir au redressement des entreprises en difficultés, nous pensons que l'appréhension des difficultés de l'entreprise par le droit de la concurrence est ce qui conférera aux aides d'État toute leur efficacité. Entraver la concurrence peut être un moyen de sortir l'entreprise de la tourmente économique et financière qu'elle traverse[1241]. L'aide sera dans ce cas légitime. C'est à juste titre que nous suggérons qu'une telle aide soit intégrée afin que les aides d'État constituent une technique de financement des entreprises en difficultés (C).

A. L'inventaire des aides compatibles avec le marché commun

608. L'ambition des développements qui suivent est de donner un aperçu d'ensemble des catégories d'aides qui échappent ou peuvent échapper à l'interdiction de principe des articles 2, 1ère ment du Règlement CEMAC et UEMOA précités. Ce sont les articles 2 du Règlement CEMAC et 3 du Règlement UEMOA qui contiennent l'ensemble des aides réellement compatibles avec le marché commun (1) et celles qui peuvent simplement être considérées comme telles pouvant (2).

1. Les aides compatibles de plein droit

609. La compatibilité de plein droit de certaines aides d'État signifie que la Commission ne dispose pas dans cette hypothèse de son pouvoir discrétionnaire pour exercer un contrôle et décider si l'aide peut être ou non considérée comme portant atteinte à la concurrence[1242]. C'est du moins ce qui ressort de l'article 3, 1ère ment du

[1239] GNIMPIEBA TONNANG (E.), *Droit matériel et intégration sous-régionale en Afrique Centrale (contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC*), Thèse précitée, p.403.
[1240] Ces dérogations sont dictées par le souci de concilier la politique de la concurrence avec d'autres politiques communautaires. PIRONON (V.), *Droit de la concurrence*, Gualino, Lextenso éd., 2009, p. 255.
[1241] ARCELIN (L.), « L'entreprise en difficulté face au droit de la concurrence », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2004, p. 159.
[1242] GNIMPIEBA TONNANG (E.), *Droit matériel et intégration sous-régionale en Afrique Centrale (contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC*), Thèse précitée, p.403.

Règlement UEMOA précité lorsqu'il dispose que : «*sans préjudice de l'obligation prévue à l'article 5.1, sont considérées comme compatibles avec le marché commun sans qu'un examen conformément aux dispositions de l'article 2.2 soit nécessaire*».

En droit de la concurrence CEMAC, il existe deux catégories d'aides compatibles de droit. Il s'agit notamment des aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels sans discrimination liée à l'origine des produits et des aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres évènements imprévisibles et insurmontables par l'entreprise (article 2, 2ème du Règlement n°4/99).

610. L'article 2, 2ème du Règlement n°4/99 prévoit la compatibilité avec le marché commun des aides à caractère social [1243]octroyées aux consommateurs individuels à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits.

Cette catégorie ne donne lieu qu'à très peu de cas d'application. On peut d'ailleurs se demander dans quelle mesure les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels sont susceptibles de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. Nous pensons que si une partie de l'aide avantage des entreprises servant d'intermédiaires, elle ne pourrait pas être déclarée compatible[1244]. De même, s'il existe une discrimination quant à l'origine des produits, l'aide procure également un avantage aux producteurs de ces produits, en général des entreprises nationales. De ce fait, elle ne constitue plus uniquement une aide à caractère social[1245].

611. Le Règlement n°4/99 a également prévu que les aides étaient compatibles lorsqu'elles étaient destinées à remédier à des évènements d'une gravité telle qu'ils présentaient un caractère extraordinaire. Cette dérogation n'a donc par nature pas vocation à être utilisée fréquemment, dans la mesure où c'est précisément le caractère exceptionnel des dommages que cette catégorie d'aides compense qui permet de

[1243] Le caractère social d'une aide peut notamment découler du fait qu'elle ne couvre que certaines catégories de bénéficiaires (enfants, handicapés, personnes à faibles ressources, personnes résidant dans une région défavorisée, etc.). Il s'entend ici des secours apportés aux consommateurs qui ne doivent pas se justifier par l'origine des produits. MODI KOKO (H. B.), *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC) Tome 1 Droit commercial général et droit de la concurrence*, *op. cit*., p. 156.

[1244] Pour que cette catégorie d'aide soit compatible avec le marché commun, il faut que son bénéfice aille effectivement aux consommateurs finals.

[1245] KEPPENNE (J.-P.), *Guide des aides d'État en droit communautaire ; réglementation, jurisprudence et pratique de la commission*, *op.cit*, pp. 377-378.

considérer que de telles aides ne risquent pas d'avoir des effets négatifs sur les rapports concurrentiels.

Les dommages de faible envergure, qui font partie des coûts devant être supportés par les entreprises dans la cadre du fonctionnement normal de leurs activités, n'ont pas vocation à être couverts par cette exception au principe de l'incompatibilité des aides d'État. L'on ne saurait en effet, faire entrer les risques normaux des activités commerciales dans le champ d'application de l'article 2, 2ème ment du Règlement n°4/99. Aucune surcompensation ne peut non plus être admise, ce qui signifie que le montant de l'aide ne peut pas dépasser ce qui est nécessaire pour compenser le dommage subi. De plus, il est douteux que des aides préventives, destinées à éviter la réalisation du dommage, puissent être acceptées.

Sont couvertes par cette disposition les aides nationales compensant les pertes matérielles de tout genre à la suite d'un tremblement de terre, d'inondations, d'avalanches et de glissements de terrain. Des évènements extraordinaires tels que des guerres, troubles intérieurs ou grèves, ou encore avec certaines réserves, des catastrophes nucléaires et des incendies (selon leur extension) s'y laissent assimiler. Par contre, les évènements climatiques tels que la pluie ou la sécheresse ne peuvent être considérés comme calamités naturelles qu'à condition que les dégâts causés atteignent une certaine intensité au niveau du bénéficiaire individuel de l'aide prévue. Le seuil minimal des pertes au niveau de l'exploitant bénéficiaire doit être de 20% à 30%.

612. En droit de la concurrence UEMOA, six catégories d'aides compatibles sont prévues[1246]. Outre les deux catégories évoquées ci-dessus[1247], quatre autres catégories peuvent revêtir cette qualification. Il s'agit notamment des aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt communautaire ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre, des aides à des activités de recherche, des aides visant à promouvoir l'adaptation d'installations existantes à de nouvelles prescriptions environnementales imposées par le législateur et des aides destinées à promouvoir la culture.

[1246] Article 3, 1èrement du Règlement n°4/2002.
[1247] Il s'agit des deux catégories d'aides prévues par le Règlement CEMAC.

Lorsqu'une aide interne n'entre pas dans la catégorie des aides compatibles de plein droit, elle ne peut bénéficier de la dérogation communautaire que lorsqu'elle est déclarée compatible avec le marché commun.

2. Les aides pouvant être déclarées compatibles

613. Ce sont les catégories d'aides énumérées au troisième paragraphe de l'article 2, du Règlement CEMAC n°4/99[1248]. Contrairement aux aides compatibles de plein droit, ces catégories font l'objet d'une appréciation étendue de la Commission, laquelle dispose pour cela de larges pouvoirs d'appréciation[1249]. Pour les examiner, il conviendrait de s'appesantir d'abord sur les aides aux entreprises destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions car c'est dans ces cadres que s'apprécient les aides octroyées à des entreprises en difficultés (a), avant d'évoquer les autres aides pouvant être déclarées compatibles (b).

a. Les aides au développement de certaines activités ou de certaines régions

614. Rappelons pour mémoire que le Traité de CEMAC s'est notamment assigné comme objectif de garantir un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée sur le marché intérieur. Parce que les aides accordées par l'État et ses émanations à des entreprises viendraient contrarier cet objectif, le Règlement CEMAC n°4 pose en article 2, 1ère*ment* un principe d'incompatibilité de ces aides avec le marché commun. Ce principe comporte toutefois des dérogations au rang desquelles figurent « *les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun* » et « *les aides aux entreprises destinées à favoriser le développement économique de régions défavorisées*

[1248] Contrairement à son homologue de la CEMAC, le législateur de l'UEMOA n'a pas prévu une liste des aides pouvant être déclarées compatibles. Il laisse à la Commission le soin de le faire (article 3, 2ème*ment* du Règlement n°4/2002). Il ressort en effet de cet article que « *la Commission peut, après consultation du Comité Consultatif, définir par voie de Règlement d'exécution, d'autres catégories d'aides publiques susceptibles d'être autorisées de plein droit* ».

[1249] GNIMPIEBA TONNANG (E.), *Droit matériel et intégration sous-régionale en Afrique Centrale (contribution à l'étude des mutations récentes du marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC)*, Thèse précitée, p.406.

ou souffrant d'un retard notoire dans leur développement économique »[1250]. C'est dans ces catégories qu'est rangée l'aide d'État aux entreprises en difficultés[1251].

La Commission peut donc déclarer les aides accordées aux entreprises en difficultés compatibles notamment sur le fondement de l'article 2, 3ème ment qui prévoit que les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions sont compatibles avec le marché commun.

615. L'analyse des conditions que la Commission mettra en œuvre pour déclarer de telles aides compatibles avec le marché commun révèle également le juridisme prégnant du droit des aides d'État, et les objectifs divers qu'il poursuit[1252].

Les critères de compatibilité des aides aux entreprises en difficultés poursuivent un objectif déclaré de protection de la structure des marchés[1253]. Il faut non seulement que l'aide contribue au développement de certaines activités ou de certaines régions mais aussi et surtout qu'elle soit nécessaire et présente un degré de transparence suffisant.

Un degré suffisant de transparence est nécessaire, pour permettre à la Commission d'arrêter une déclaration de compatibilité. En effet, le manque de transparence d'une mesure contribue à rendre l'aide en cause incompatible avec le marché commun.

S'il est vrai que les conditions ci-dessus évoquées sont relatives à l'aide, il n'en demeure pas moins que l'entreprise doit en remplir certaines pour pouvoir en bénéficier. Elle doit en premier lieu revêtir la qualité d'entreprise au sens du droit de la concurrence. Elle doit en outre être en difficultés. Il ne faut pas entendre largement cette notion : l'entreprise ne doit pas simplement subir un embarras passager, l'entreprise doit être en difficultés. Cependant, certaines entreprises, bien qu'en difficultés, ne peuvent pas bénéficier d'une aide. Il s'agit des entreprises nouvellement créées et de celles faisant partie d'un groupe.

[1250]Les aides à finalité régionale peuvent être considérées comme licites lorsqu'elles ont pour effet soit de favoriser le développement économique des régions donc le niveau de vie est anormalement bas comparé aux autres régions du pays, où le taux de chômage est très important, soit de faciliter le développement de certaines activités dans ces régions sans pour autant altérer les échanges commerciaux intra-communautaires. L'objectif de ces aides est ainsi de renforcer la cohésion économique et sociale au sein de la communauté, en réduisant l'écart entre les niveaux de développement des diverses régions. Cela traduit un souci de solidarité communautaire.

[1251] ARCELIN (L.), L'entreprise en difficulté face au droit de la concurrence, *op. cit.*, p.161.

[1252] BILLARD (O.) et MARTIN (S.), « Les mesures de soutien public aux entreprises en difficultés au regard de la prohibition des aides d'État », *Perspectives*, n°38, janvier-mars 2014, p.163.

[1253] Il ressort en effet de l'article 2, troisièmement que peuvent être déclarées compatibles les aides aux entreprises destinées à faciliter le développement de certaines activités quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun.

616. Les aides au développement de certaines activités ou de certaines régions peuvent énormément contribuer au sauvetage des entreprises en difficultés. C'est à coup sûr la raison pour laquelle le législateur africain les a prévues afin que les entreprises en difficultés puissent en bénéficier. Par ces catégories d'aides, ce dernier a entendu contribuer à un effort de développement jugé favorable à l'intérêt communautaire. Il s'agit là de la caractéristique première des aides aux entreprises destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions ; caractéristique qu'elles partagent d'ailleurs avec les autres aides pouvant être déclarées compatibles.

b. Les autres aides pouvant être déclarées compatibles

617. Il s'agit notamment des aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet d'intérêt sous-régional commun, ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre, des aides destinées à promouvoir la culture, la conservation du patrimoine et la protection de l'environnement quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans la communauté dans une mesure contraire à l'intérêt commun ainsi que des aides aux PME[1254]. Ce sont des aides à finalité régionale, des aides sectorielles ainsi que de toutes les aides qui poursuivent certains objectifs dits horizontaux (environnement, recherche, développement, etc.)[1255].

Certaines dérogations participent de cette politique sous-régionale visant à encourager les investisseurs de dimension communautaire. Elles permettent également de confirmer l'approche d'intégration économique fondée sur les réalités économiques des États membres.

En dehors des aides à finalité régionale ou sectorielle, plusieurs catégories d'aides sont susceptibles de faire l'objet d'un préjugé favorable de la part de la Commission. C'est notamment le cas des aides aux petites et moyennes entreprises (PME).

Parce qu'elles jouent un rôle important dans l'économie tout en étant confrontées à des difficultés particulières en raison de leur taille réduite, les PME font l'objet d'une attention particulière de la part du législateur de la CEMAC. En substance, les PME se

[1254]L'énumération n'est pas exhaustive et la liste de l'article 2, 3ème pourra être périodiquement mise à jour par une décision du Conseil des ministres (article 2 *in fine* du Règlement nº 4/99).
[1255] Article 2, 3ème du Règlement nº 4/99.

voient octroyer un traitement systématiquement plus favorable que pour les autres entreprises.

618. Quelle que soit la mesure de faveur envisagée, les aides étatiques aux entreprises ne seront considérées comme compatibles avec le marché commun, au sens de l'article 7 du Règlement CEMAC n°4, qu'à la double condition de ne pas affecter le commerce intracommunautaire et, de respecter certains critères supplémentaires. Entre autres ces critères, les aides doivent être sectorielles et justifiées par leur nécessité ; elles doivent permettre de restaurer une situation dégradée en résolvant les problèmes structurels ; elles doivent être dégressives et clairement liées à la restructuration du secteur concerné ; elles doivent être proportionnées aux problèmes qu'il s'agit de résoudre[1256].

Qu'il s'agisse des aides aux entreprises destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions ou des autres aides pouvant être déclarées compatibles, leur mise en œuvre est soumise à l'appréciation de la Commission qui a compétence pour déclarer une aide incompatible avec le marché commun[1257].

B. La compétence de la Commission pour la déclaration d'incompatibilité

619. En droit de la concurrence CEMAC, il ressort de la combinaison des articles 6 du Règlement n°4/99 précité et 17 du Règlement n°12/05-UEAC-639 U-CM du 25 juin 2005 portant modification du Règlement n°1/99/-UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 réglementant les pratiques commerciales anticoncurrentielles, que la Commission a compétence exclusive pour déclarer une aide incompatible avec le marché commun[1258].

[1256] . MODI KOKO (H. B.), *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC) Tome 1 Droit commercial général et droit de la concurrence*, *op. cit*., p. 157.

[1257] La notification de l'aide à la Commission est obligatoire. Elle permet non seulement de « *filtrer* » toutes les pratiques nuisibles au marché, mais aussi de s'assurer que l'État ne préjudicie pas le marché en accordant des faveurs à certains au détriment des autres. C'est par souci de transparence qu'elle telle notification est exigée. BELLA NOA (G.), *La transparence en droit de la concurrence (CEMAC*), Thèse de Master précitée, p. 18 et 30.

[1258] L'article 6 du Règlement nº 4/99 prévoit que le Conseil Régional de la Concurrence a compétence exclusive pour déclarer une aide compatible avec le marché commun. L'article 17 du Règlement nº 12/05 dispose quant à lui qu'il est crée pour l'application du présent règlement, un Conseil Régional de la concurrence chargé de donner des avis au Secrétariat Exécutif de la CEMAC sur toutes les questions ou litiges concernant la concurrence dont elle est saisie. Le Conseil Régional de la concurrence est un organe désormais dépourvu de pouvoir décisionnel. Il est désormais réduit à un simple organe consultatif sur les questions de concurrence. Il est donc dessaisi de l'important pouvoir qui lui avait été attribué par le Règlement nº1/99 du 25 juin 1999. Ce pouvoir revient désormais au Secrétariat Exécutif de la CEMAC. Lire dans ce sens KALIEU ELONGO (Y. R.) et WATCHO KEUGONG (R. S.),

Le droit UEMOA du même domaine reconnait également à la Commission cette exclusivité de compétence[1259].

Les catégories d'aides visées au paragraphe 3 de l'article 2 du Règlement CEMAC n°4/99 impliquent un large pouvoir discrétionnaire dans le chef de la Commission et la contraignent à prendre en considération plusieurs éléments d'appréciation. L'exercice d'un tel pouvoir implique des appréciations d'ordre économique et social qui doivent être effectuées dans un contexte communautaire. Il ressort d'ailleurs de l'article 2, 2ème du Règlement n°4/2002 que « *dans le cadre de son examen de l'impact des aides publiques sur le jeu de la concurrence, la Commission tient compte des besoins des États membres en ce qui concerne leur développement économique et social dans la mesure où les échanges entre les États membres et l'intérêt de la Communauté d'atteindre son objectif d'intégration ne sont pas mis en échec* ».

La reconnaissance du pouvoir discrétionnaire a pour corollaire un contrôle restreint de la part du juge communautaire[1260].

620. On apprécie la nécessité d'une aide du point de vue communautaire plutôt que de celui d'un seul État membre. Le contrôle de la compatibilité à effectuer par la Commission doit donc l'être non pas dans l'intérêt de l'État octroyant l'aide, mais dans l'intérêt général de la Communauté. Plusieurs conséquences se dégagent d'une telle exigence. D'abord, on ne peut normalement pas justifier la compatibilité d'une aide à une entreprise par le simple fait que l'aide vise à la placer dans la même situation concurrentielle que ses concurrents des autres États membres, en compensant les coûts supplémentaires qui n'existent pas chez ces derniers. Ensuite, il apparaît que les arguments de type comptable ou fiscal tirés du droit national concerné ne sont pas pertinents pour déterminer la compatibilité d'une aide. Enfin, les aides à finalité sectorielle sont moins susceptibles d'être déclarées compatibles que des aides horizontales.

La prise en compte du contexte communautaire ne doit cependant pas être exagérée, au risque d'interdire toutes les aides étatiques. En particulier, l'appréciation d'une aide

---

« La réforme de la procédure communautaire de concurrence CEMAC », Juridis Périodique, nº 80, oct.-nov.-déc. 2009, pp. 107-114.

[1259] Articles 5 et s. du Règlement n°4/2002.

[1260] KEPPENNE (J.-P.), *Guide des aides d'État en droit communautaire ; réglementation, jurisprudence et pratique de la commission*, *op.cit*, p.396.

dans un tel contexte ne signifie pas qu'une aide ayant des effets positifs pour le développement d'un secteur dans un seul État membre ne peut pas bénéficier d'une dérogation au titre de l'article 2 paragraphe 3 du Règlement n°4/99, dans la mesure où il peut être de l'intérêt de la Communauté qu'un secteur économique donné dispose dans un État membre d'une organisation et d'une structure efficace.

621. Outre le respect des critères relevant exclusivement de la politique de la concurrence, la Commission doit veiller à prendre en compte toute considération pertinente tirée des autres politiques communautaires. Cette compétence est inhérente à l'exercice de balance qu'il est chargé d'effectuer lorsqu'il compare les effets négatifs d'une aide sur la concurrence et ses éventuels effets positifs sur le développement communautaire pris au sens large. De la sorte, en appréciant la compatibilité avec le marché commun d'une aide octroyée au secteur de l'artisanat, elle doit tenir compte des exigences de la politique commune de ce secteur, lesquelles correspondent en fait à celles du marché commun. De même, pour apprécier la compatibilité d'une aide qui garantit la survie d'une entreprise, elle doit se référer à des considérations tirées de la politique de concurrence entre les entreprises. C'est donc un examen particulièrement exhaustif qui est ainsi exigé ; examen qui doit porter sur tous les éléments pertinents.

622. Sans que la liste soit exhaustive, nous pensons que les éléments essentiels auxquels la Commission doit se référer sont les caractéristiques de l'aide[1261] elle-même, la nature et les caractéristiques de l'activité aidée, le lieu où s'effectue l'activité aidée, les caractéristiques du bénéficiaire, le mode de financement, etc.

S'il est vrai que tous ces éléments doivent être pris en compte dans la déclaration de compatibilité d'une aide, il n'en demeure pas moins qu'au regard de l'importance de la mesure dans le renflouement financier des entreprises en difficultés, certaines aides bien que ne respectant pas les principes du droit de la concurrence peuvent permettre aux entreprises de surmonter leurs difficultés. Ces aides bien qu'illégales sont tout de même légitimes. Le législateur communautaire gagnerait donc à prévoir cette éventualité qui constituera à coup sûr une bouée de sauvetage des entreprises en difficultés.

[1261] On entend par caractéristique de l'aide son montant absolu, son intensité ainsi que le moment de son octroi.

C. La prévision souhaitée de l'aide légitime

623. L'aide est légitime lorsque bien qu'octroyée dans les conditions de nature à fausser la concurrence dans le marché commun, elle a permis à l'entreprise de surmonter ses difficultés. Les éléments déterminants de l'aide légitime sont donc son caractère salvateur ainsi que la limitation de la concurrence. L'entreprise doit donc être en difficultés pour que l'aide revête ce qualificatif.

Les difficultés de l'entreprise sont les faits justificatifs de l'inobservation des règles communautaires. De la sorte, même octroyée illégalement, l'aide à partir du moment où elle permet à l'entreprise de sortir de sa situation difficile devrait être admise. C'est à juste titre que nous suggérons que soit pris en compte ce type d'aides dans les reformes à venir. En effet, le respect scrupuleux du droit de la concurrence n'aura pour effet que de restreindre le financement des entreprises en difficultés.

Lorsque le droit de la concurrence rencontre le droit des entreprises en difficultés, l'affrontement est inéluctable tant les préoccupations de l'un paraissent éloignées de celles de l'autre. Si le traitement des entreprises en difficultés, et, en particulier, le droit des procédures collectives relèguent la concurrence à l'arrière plan, réciproquement, le droit de la concurrence ignore les difficultés de l'entreprise qu'il appréhende voire qu'il sanctionne[1262].

624. Dans les relations qu'il entretient avec le droit des entreprises en difficultés, le droit de la concurrence fait parfois figure de trouble-fête. Il doit donc être battu en brèche, l'objectif salvateur du droit des entreprises en difficultés l'emportant. Le traitement des difficultés des entreprises doit, dans ce cas, reléguer la concurrence à l'arrière plan. Il ne fait aucun doute que le droit de la concurrence est un élément perturbateur du droit des entreprises en difficultés. L'application du droit de la concurrence à une entreprise économiquement fragile peut aggraver ses difficultés, voire même la conduire sur les chemins de la liquidation.

Parmi les préoccupations du droit de la concurrence, devra figurer le souci d'assurer la survie des entreprises en difficultés. De la sorte, l'aide légitime trouvera toute sa justification. Seulement, en prévoyant l'aide légitime, le législateur communautaire devra

[1262] BEAUCHESNE (B.), *La protection juridique des entreprises en droit communautaire de la concurrence*, Nouvelles Editions Fiduciaires, Mars199, p. 8.

mettre en exergue les conditions d'octroi d'une telle aide afin que les États sachent les hypothèses dans lesquelles leur responsabilité pourra être retenue pour distorsion de la concurrence.

SECTION 2. LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DANS L'OCTROI D'AIDES FINANCIÈRES AUX ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS: UNE RESPONSABILITÉ EXCEPTIONNELLEMENT MISE EN JEU

625. C'est l'arrêt Francovich[1263] rendu le 19 novembre 1991 par la CJCE, qui a définitivement consacré le principe selon lequel les États membres sont obligés de réparer les dommages (qui leur sont imputables) causés par les violations du droit communautaire. Cet arrêt a permis à la cour de préciser que le droit à réparation « *trouve directement son fondement dans le droit communautaire qui est à l'origine du dommage causé* » et que « *c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'État de réparer les conséquences du préjudice causé* ». Ceci est la raison pour laquelle l'État membre a l'obligation d'indemniser le préjudice causé par la violation du droit communautaire.

Parce qu'elle s'effectue souvent à mauvais escient, l'attribution des aides publiques peut engendrer des dommages dont les victimes c'est-à-dire l'entreprise elle-même et/ou ses créanciers ou encore ses concurrents chercheront à faire supporter la responsabilité aux autorités publiques[1264].

En essayant de susciter les plans de redressement [1265]ainsi que des sacrifices de la part des créanciers et même des repreneurs, les États mènent une action dirigiste. Ils doivent donc en répondre lorsque leurs interventions sont fautives[1266].

[1263] CJCE, 19 novembre 1991, Andréa Francovich et Danila Bonifaci c/ République italienne, in Recueil de Jurisprudence, 1991, p. I-05357. Dans cette affaire, Francovich et Bonifaci, deux citoyens italiens à qui des employeurs en faillite devaient des salaires, poursuivaient en justice l'État italien, qu'ils accusaient de ne pas avoir transposé en droit interne une directive européenne protégeant les travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de leur employeur (la directive impose aux États de mettre en place des institutions de garantie de paiement). Les juridictions italiennes se sont adressées à la Cour de justice. Celle-ci a indiqué que la directive visait à conférer aux travailleurs des droits dont ils avaient été privés en raison de la carence de l'État italien, parce que celui-ci ne l'avait pas encore transposée dans sa législation. Pa cet arrêt, la Cour ouvre aux citoyens européens la possibilité d'une action en responsabilité contre l'État qui enfreint le droit européen.

[1264] PEROCHON (F.), *Entreprises en difficultés, instruments de crédit et de paiement*, L.D.G.J., 1992, p.50.

[1265] Alors que la situation de l'entreprise est moribonde.

[1266] SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficultés*, *op. cit*., p.136.

626. La responsabilité de l'État est généralement recherchée lorsque l'aide octroyée n'a fait que retarder la date de cessation des paiements et a, en réalité, contribué à maintenir artificiellement en survie l'unité économique. Il peut donc lui être reproché d'avoir prolongé artificiellement une entreprise en état de cessation des paiements, ce qui est une source de responsabilité civile et éventuellement pénale.

Le principe d'une responsabilité des États membres pour distorsion de la concurrence en zone CEMAC n'est pas formulé (directement ou indirectement) dans le Traité, pas plus que dans le droit communautaire dérivé. Peut-on alors parler d'une « *lacune* » du droit communautaire qui autoriserait la Cour, au titre de sa compétence d'interprétation, à dégager un tel principe ? Si pendant longtemps la question de la responsabilité d'un État pour distorsion de la concurrence s'est posée, il reste qu'aujourd'hui, le principe d'une responsabilité de l'État, après des discussions, est acquis.

La responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire a été reconnue, par le juge administratif camerounais, à travers l'arrêt Njoya[1267].

Dans le cadre de la compétence reconnue au juge national[1268] par l'article 6 du Règlement n°4/99, de faire obstacle à l'octroi d'une aide non notifiée ou mise en exécution sans attendre la décision finale de la Commission, le juge pourra avoir à statuer sur une demande d'indemnisation du dommage causé en raison du caractère illégal de la mesure[1269]. Au regard de l'intérêt que suscite la question de la compétence pour connaître de la responsabilité de l'État, il conviendrait de s'y appesantir (§2) après qu'ait été envisagé le domaine d'une telle responsabilité (§1).

[1267] L'Assemblée Plénière de la Cour Suprême statuant en matière administrative dans l'arrêt nº 7 du 26 octobre 1978, NJOYA Thomas c/ État du Cameroun, a soumis l'activité administrative au respect du droit communautaire. En l'espèce, le sieur NJOYA Thomas, détenteur d'un brevet d'invention d'objets d'art s'était vu interdire de se prévaloir d'un quelconque droit d'inventeur par une décision du Ministre de l'information et de la culture. Il saisit la Chambre Administrative de la Cour Suprême. Le requérant sollicitait en plus de l'annulation de la décision administrative, la réparation des préjudices matériel et moral qu'il estimait avoir subi du fait de l'inconventionnalité de la décision querellée. Le juge administratif annula la décision et lui accorda des dommages et intérêts pour le préjudice subi. Non satisfait de ce jugement, le représentant de l'État saisit L'Assemblée Plénière en appel.

[1268] On sait que le droit communautaire encadre très largement les prérogatives du juge national dans le contentieux des aides d'État. En effet, en qualité de juge de la légalité procédurale, il doit d'abord assurer une protection efficace des entreprises concurrentes des bénéficiaires illégaux. Voir à cet effet KARPENSCHIF (M.), « Regard sur le droit des aides d'État », *Les Petites Affiches*, 29 novembre 2007, nº 239, p.53.

[1269] GNIMPIEBA TONNANG (E.) et NGUENA DJOUFACK (A.L.), « L'influence du droit communautaire de la CEMAC sur le domaine de compétence du juge administratif camerounais », *Recht in Africa*, Cologne, 21 octobre 2011, p. 223.

§1. Le domaine de la responsabilité de l'État dans l'octroi d'aides aux entreprises en difficultés

627. Le véritable problème de la responsabilité de l'État pour distorsion de la concurrence reste celui de son fondement. Ce problème se posera notamment, à partir du moment où la puissance publique a agi en accord avec la légalité interne. À ce problème, les juridictions administratives françaises ont déjà avancé au moins trois solutions : la responsabilité sans faute, la responsabilité pour faute de l'État qui n'a pas appliqué la norme communautaire et la responsabilité de l'État du fait d'une disposition législative illicite par rapport au droit communautaire[1270]. Mais cette dernière solution ne fera pas l'objet de nos développements.

Il paraît difficile de retenir une responsabilité sans faute dans ce domaine. Cette voie qui fut consacrée par l'arrêt Alivar[1271] a même été plus tard abandonnée. La responsabilité de l'État ne peut donc être recherchée qu'en raison de son comportement fautif[1272].

La responsabilité de l'État pour faute, en présence d'une entreprise en difficultés peut être envisagée de deux manières : soit l'État n'est pas intervenu, soit il est trop ou mal intervenu. Il peut donc s'agir d'une faute par abstention (A) ou d'une faute dans l'action (B).

A . La faute par abstention

628. Deux types d'abstention peuvent éventuellement entraîner la responsabilité de l'État pour distorsion de la concurrence. Il peut arriver que les difficultés de l'entreprise

[1270] Le juge administratif camerounais, dans la jurisprudence de la société des grands travaux de l'Est s'est refusé de reconnaître la responsabilité de l'État du fait d'une loi. Il a, à travers cet arrêt, affirmé l'irresponsabilité de l'État législateur et partant l'impossibilité pour les victimes d'un dommage d'un fait d'une loi d'obtenir réparation. Cette irresponsabilité de l'État législateur est incompatible avec le droit communautaire. Il ressort en effet de l'article 4 du Traité révisé de 2009 que les États membres doivent s'abstenir de prendre toute mesure susceptible de faire obstacle à l'application du Traité et des actes pris pour son application. Cette disposition pose l'obligation de fidélité des États membres. Lire à cet effet GNIMPIEBA TONNANG (E.) et NGUENA DJOUFACK (A. L.), « L'influence du droit communautaire de la CEMAC sur le domaine de compétence du juge administratif camerounais », *préc.*, p. 228.

[1271] CE, ASS, 23 mars 1984, Ministère du commerce extérieur c/ Société Alivar.

[1272] La responsabilité de l'État pour faute de l'administration qui n'a pas appliqué la norme communautaire a été consacrée par le Conseil d'État dans l'arrêt Arizona (CE, ASS, 28 février 1992, Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France).

se soient accompagnées d'une voie de fait telle que les violences ou les occupations d'usines et que l'État ait refusé le concours de la force publique. Aussi une entreprise en difficultés peut solliciter le concours financier de l'État qui restera inactif à son égard alors que d'autres entreprises en difficultés ayant sollicité le même concours l'ont obtenu. La faute commise par l'État résulte donc soit du refus de l'intervention de la force publique, soit du refus de l'octroi de l'aide.

Dans l'octroi d'aides financières aux entreprises en difficultés, l'on ne saurait envisager le refus de l'intervention de la force publique qui ne revêt aucun caractère financier. C'est dire que la faute par abstention de l'État ne peut relever ici que du refus de l'octroi de l'aide.

L'État qui s'abstient à accorder de l'aide à une entreprise en difficultés alors que par ailleurs, il en consent à d'autres, peut voir sa responsabilité engagée de ce fait[1273]. Cette abstention économique est fautive. En effet, l'État ne saurait porter atteinte à l'égalité des citoyens consacrée aussi bien dans le domaine économique que fiscal.

Le refus d'aide peut certes être discriminatoire. Mais une telle discrimination suppose que les différentes entreprises considérées soient placées dans une situation identique. Or, en matière économique, il en est rarement ainsi. Par ailleurs, l'inégalité peut être justifiée par la prise en considération de l'intérêt général. Ces différentes objections entraînent qu'en pratique, la responsabilité de l'État n'est pas engagée pour le refus de l'octroi de l'aide. Elle est par contre retenue en cas d'abus de l'octroi de crédits.

B. La faute dans l'action

629. C'est une action positive qui est dans cette hypothèse reprochée à l'État. L'État dans l'optique de concourir au sauvetage d'une entreprise en difficultés peut, à travers les prêts et subventions accordés à cette dernière, plutôt aggraver sa situation financière.

[1273] Même dans l'État interventionniste, aucune obligation n'est faite de venir en aide aux entreprises en difficultés de manière à engager la responsabilité de l'État qui s'abstient de le faire. La responsabilité de l'État émane ici de ce qu'il refuse de l'aide à une entreprise en difficultés alors que par ailleurs, il en consent à d'autres. L'État porte de la sorte atteinte à l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Sur la question, lire DUTHEIL De La ROCHERE (J.), *Droit communautaire matériel*, Hachette, 2001.

L'octroi d'une aide publique à une entreprise en difficultés, est susceptible de faire naître de multiples actions en responsabilité. Un tiers peut, en effet, se plaindre du dommage que lui cause un tel octroi. De même, peut-on imaginer que l'entreprise elle-même reproche à l'administration une mauvaise exécution des engagements que cette dernière a pris dans le cadre du plan de redressement ? Encore, et c'est le point le plus connu, rien ne s'oppose à ce que l'on essaie de faire juger que l'État s'est comporté, en raison d'immixtions répétées dans l'entreprise en difficultés, comme un véritable dirigeant de cette entreprise[1274]. On peut ainsi opposer deux types de responsabilité, l'une sur le fondement du droit commun (1), l'autre par application des règles spéciales des procédures collectives (2).

1. La responsabilité de droit commun

630. Il s'agit notamment de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle.

Il peut arriver que l'État engage sa responsabilité contractuelle lorsque, par exemple ayant passé une convention avec l'entreprise en difficultés, il ne l'a pas exécuté. Le principe de son engagement ne fait alors aucun doute. C'est la raison pour laquelle il doit répondre en cas d'inexécution d'un tel engagement. Seulement, les conditions de mise en œuvre d'une telle responsabilité doivent être réunies afin que la responsabilité de l'État soit retenue. Il s'agit notamment de la faute, du dommage et du lien de causalité entre la faute et le dommage.

631. Le débiteur assisté du syndic doit prouver non seulement la faute et le préjudice subi, mais aussi et surtout le lien de causalité entre ces éléments constitutifs de la responsabilité civile.

La faute de l'État relève de l'inexécution du contrat. Quant au préjudice subi, il est certain que l'inexécution du contrat par l'État entraîne comme conséquence l'aggravation des difficultés de l'entreprise. En effet, si l'État avait régulièrement exécuté le contrat, l'entreprise pouvait s'en servir afin de surmonter ses difficultés. L'inexécution de son engagement par l'État ne peut donc qu'être préjudiciable aux intérêts de l'entreprise.

[1274] JEANTIN (M.) et le CANNU (P.), *Droit commercial, instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficulté*, 6e éd., Dalloz, Février 2003, p.355

Relativement au lien de causalité entre la faute et le préjudice, il convient de prouver que le préjudice subi émane effectivement de l'inexécution du contrat par l'État. Au cas contraire, le débiteur ne saurait invoquer la faute de l'État et prétendre à une réparation.

632. La responsabilité contractuelle de l'État est retenue toutes les fois que les preuves de la faute, du préjudice et du lien de causalité sont établies.

Il est en revanche, plus difficile de retenir la responsabilité délictuelle en raison du préjudice qu'il cause aux tiers. Toutefois, partant de l'idée selon laquelle l'État qui accorde un crédit imprudent à une entreprise en difficultés se comporte comme un banquier, l'on serait tenté de faire peser sur ce pourvoyeur d'aide les mêmes responsabilités que celles du banquier. De la sorte, à partir du moment où la responsabilité du banquier peut être retenue pour soutien abusif, il n'y a pas lieu d'exonérer l'État qui, par l'octroi d'aides publiques, laisse les créanciers de l'entreprise dans l'ignorance de sa véritable situation financière. L'article 1382 du Code civil pourrait donc être invoqué à son encontre. Il s'agit toutefois là d'une hypothèse d'école car l'État n'est pas poursuivi en pratique, en soutien abusif. Le principe général en la matière étant celui de l'irresponsabilité de l'État. Il en va autrement de la responsabilité de l'État en qualité de dirigeant de fait.

2. L'action en comblement du passif

633. La question qu'il convient de se poser ici est de savoir si l'État peut être poursuivi, en qualité de dirigeant de fait, pour s'être immiscé dans la gestion et être condamné à combler l'insuffisance d'actif due à son intervention sur le fondement de l'article 183 du nouvel AUPCAP. Nous pensons à cet effet que lorsqu'il est démontré que l'État s'est comporté comme le dirigeant de l'entreprise, sa responsabilité doit être engagée de ce fait. La question s'est posée aux tribunaux et un jugement très remarqué du tribunal de commerce de ROUEN rendu en date du 10 mars 1981[1275] dans l'affaire de la Chapelle Darblay, a admis que l'État est considéré comme dirigeant de fait de l'entreprise lorsqu'il s'est engagé à soutenir la poursuite de l'activité dans l'attente d'un

[1275] Rev. Jurisp. Com. 1982. 153, note J. MESTRE : *D*. 1982. 391, note P. AMSELEK ; *RTDCom*. 1982. 468. obs. Ph. MERLE, Banque 1982. 1137, obs. J.F. MARTIN ; Rev. Franc . Compta., 1982. 40. obs. A. VIANDIER. *D*. 1981. IR, p. 337 ; obs. M. VASSEUR.

plan de restructuration et qu'il doit supporter les pertes d'exploitation de l'entreprise soutenue, résultant de la continuation de l'activité. Nous ne saurons partager cet avis à partir du moment où l'obligation de l'État résulte dans ce cas de l'engagement qu'il avait lui-même pris.

Nous pensons que l'État est dirigeant de fait toutes les fois qu'il est administrateur d'une entreprise. Quoiqu'il en soit, le débiteur dans la quête de la responsabilité de l'État, dirigeant de fait, doit établir la qualité de dirigeant de fait de l'État. C'est dire que les conditions d'exercice d'une telle responsabilité doivent être remplies. L'État doit donc être dirigeant de fait, ce qui reste difficile à prouver ; il faut qu'il ait commis une faute de gestion et que celle-ci ait causé le préjudice subi. En pratique cependant, la mise en jeu de la responsabilité de l'État, dirigeant de fait est rare.

Quoique rarement retenu, la responsabilité de l'État est régulièrement recherchée. Il convient donc de déterminer les juridictions compétentes pour en connaître.

§2. La compétence pour connaître la responsabilité de l'État

634. La détermination de la compétence des juridictions à connaître de la responsabilité de l'État revêt une importance cruciale, tant il est vrai que depuis la révision du Traité de la CEMAC du 25 juin 2008, l'on observe une influence du droit communautaire de la CEMAC sur le domaine de compétence du juge administratif[1276]. Le cas du Cameroun en est une illustration. De plus, l'application des normes UEMOA relatives à la concurrence dans leurs aspects liés à la constatation et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles échappe aux juridictions nationales[1277], pourtant juge de droit commun du droit communautaire[1278]. Toutefois, en dépit de cette exclusivité accordée aux organes communautaires, les juridictions nationales conservent des

[1276] Sur la question, lire NGUENA DJOUFACK (A. L.), *La compétence du juge administratif camerounais à l'épreuve du droit communautaire de la CEMAC*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2006 ; GNIMPIEBA TONNANG (E.) et NGUENA DJOUFACK (A.L.), « L'influence du droit communautaire de la CEMAC sur le domaine de compétence du juge administratif camerounais », *op. cit*., pp. 219-239.

[1277] Il s'agit là d'une exclusion de principe des juridictions nationales de la mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UEMOA. En effet, la mission de veiller au respect des normes en vigueur est confiée à la Commission de l'UEMOA, plus outillée que les juges nationaux.

[1278] FOFANA (R.), *Droit communautaire de la concurrence, un nouveau chantier, Intégration économique et exercice du métier d'avocat*, Cotonou Benin, Séminaire organisé par l'Union Internationale des Avocats en collaboration avec l'ordre des avocats du Benin, 22 mars 2013, p. 16.

compétences résiduelles[1279]. Notamment dans deux domaines : la constatation des nullités et les actions en réparation[1280].

L'autonomie de l'ordre juridique communautaire vis-à-vis de l'ordre juridique international et de l'ordre juridique des États membres n'est plus à démontrer. En effet, l'organisation supranationale secrète des règles de droit qui lui sont applicables[1281]. Cependant, cette autonomie ne saurait être synonyme de la séparation de l'ordre juridique communautaire des ordres juridiques nationaux[1282]. En effet, le droit communautaire ne peut toucher les personnes qu'à travers l'ordre juridique des États membres[1283].

Instrument de l'intérêt commun des peuples et des États de la Communauté, le droit issu des sources communautaires n'est pas un droit étranger, ni même un droit extérieur. Il est le droit propre de chacun des États membres, applicable sur son territoire tout autant que son droit national, avec cette qualité supplémentaire qu'il couronne la hiérarchie des textes normatifs de chacun d'eux. Par sa nature propre en effet, le droit communautaire possède une force spécifique de pénétration dans l'ordre juridique interne des États membres.

635. Cette insertion des normes communautaires, dans l'ordre juridique des États membres, implique incontestablement que le juge administratif soit compétent pour les litiges mettant en cause l'État quand bien même la question relève de l'ordre

---

[1279] SOUSSE (M.), «La situation du concurrent du bénéficiaire d'une aide d'État devant les juridictions nationales», *Les Petites Affiches*, n°152, 1e Août 2000, p.12.

[1280] En droit de la concurrence UEMOA, les actions en réparation sont de la compétence du juge national et ont pour fondement l'article 22 du Règlement n°3/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA qui fixe les montants et les conditions de la réparation. Celle-ci suppose en général que la victime rapporte la preuve d'une faute imputable à l'État (le problème ne se pose pas s'il y a une décision de la Commission retenant l'existence de pratiques anticoncurrentielles), d'un dommage et d'un lien de causalité. Mais, il faut surtout établir le lien entre cette faute et le dommage subi par le demandeur. L'existence d'une infraction à la réglementation ne suffit donc pas à elle seule à établir une faute.

[1281] Si l'on s'en tient à la convention du 5 juillet 1996 régissant la Cour de justice de la CEMAC qui fait de cette dernière la pierre angulaire du mécanisme d'intégration en zone CEMAC, l'on serait tenté de dire qu'elle est la juridiction compétente pour connaître de la responsabilité de l'État dans l'octroi d'aides aux entreprises en difficultés du moment où elle est chargée d'assurer le respect des dispositions des traité, conventions et règlements de la CEMAC. Si cette affirmation se justifie à certains égards, il reste qu'elle ne saurait faire l'unanimité au regard des réalités des procédures collectives d'une part et à la nature des conventions que l'État est à même de passer avec les entreprises dans le cadre des interventions publiques d'autre part. Lire à ce sujet MBAMI NKOUATO (J. C.), *Le rôle de l'État dans le traitement des difficultés des établissements de crédit*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2010, p. 93.

[1282] NGUENA DJOUFACK (A. L.), *La compétence du juge administratif camerounais à l'épreuve du droit communautaire de la CEMAC*, *op. cit.*, p. 7.

[1283] *Idem.*

communautaire[1284]. Le domaine de compétence du juge administratif se trouve donc affecté par le droit communautaire. C'est à juste titre que nous pensons que lorsque la responsabilité de l'État découle d'une aide octroyée à une entreprise en difficultés, la juridiction administrative est compétente pour en connaître (B). Cependant, s'il est vrai que la compétence de principe à l'égard du contentieux de l'administration puissance publique revient au juge administratif, il reste tout aussi vrai que le juge judiciaire peut intervenir en matière administrative afin de retenir la responsabilité de l'État pour distorsion de la concurrence (A).

A. La compétence judiciaire relativement aux conventions

636. Le juge judiciaire est compétent pour connaître de la responsabilité de l'État pourvoyeur d'aide lorsque l'aide octroyée relève d'une convention conclue avec l'entreprise en difficultés[1285]. En effet, les protocoles par lesquels une entreprise en difficultés obtient les aides extérieures, même provenant de l'État, sont par nature, des conventions de droit privé relevant de la compétence des tribunaux judiciaires. Une telle analyse a été développée par un jugement du tribunal administratif de Paris rendu en date du 28 mai 1985[1286]. Cette juridiction s'est déclarée compétente pour connaître de l'inexécution d'une convention par laquelle l'État s'obligeait à verser un prêt, au motif que « *le protocole n'ayant pas confié au requérant, ni à aucun des cocontractants de l'État l'exécution d'un service public, et ne contenant aucune clause exorbitante du droit*

[1284] Avec l'avènement du droit communautaire, l'on pouvait croire à la fin du règne du juge national. Au contraire, son statut de juge de droit commun en fait un juge à la fois du droit communautaire et du droit national. Le titre de compétence considéré découle de l'art. 17 de la convention régissant la Cour de Justice de la CEMAC du 5 juillet 1996. En effet, par l'organisation du renvoi préjudiciel qu'elle opère, c'est-à-dire la saisine de la Cour de Justice de la CEMAC par les juridictions nationales, cette disposition implique la compétence de des dernières dans l'application du droit communautaire. La compétence du juge national se trouve ainsi étendue au-delà de l'application du droit interne pour s'affirmer sur le terrain du droit communautaire. Cette extension de la compétence du juge administratif n'est pas surprenante, car l'article 2 de la loi n° 2006/022 du 29 décembre 2006 fixant le domaine de compétence du juge administratif n'a pas un caractère exhaustif, mais tout simplement indicatif. Il prévoit le domaine initial de la compétence du juge administratif, et les possibilités de son extension restent ouvertes. Sur la question, voir TOGOLO (O.), Le juge camerounais et le juge de la CEMAC : un regard prospectif, In Juridis Périodique, n° 63, juillet-août-septembre 2005, p. 78 ; NGUENA DJOUFACK (A. L.), *La compétence du juge administratif camerounais à l'épreuve du droit communautaire de la CEMAC, op. cit.*, p.12 ; BARAV (A.), « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », *in L'Europe et le droit : Mélanges en hommage à Jean BOULOIS*, éd. Dalloz, 1991, pp. 1-20 ; NDIFFO KEMETIO (M. L.), *L'influence du droit communautaire de la CEMAC sur le droit administratif camerounais*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2005-2006, p. 81.

[1285] L'État agit le plus souvent comme un prêteur et passe de simples contrats de prêt avec les entreprises aidées. COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, *op. cit*., p. 541.

[1286] *Gaz. Pal*. 1986. I. 131, note J. P. MARCHI ;

commun » échappait aux juridictions administratives. Dans le même sens, le tribunal de commerce de Paris a considéré que ces conventions présentaient un caractère commercial et que par conséquent elles ressortissent de l'ordre judiciaire. Les juridictions administratives ne sauraient donc être compétentes pour connaître de l'inexécution d'une convention par laquelle l'État s'obligeait à verser une subvention ou un prêt.

637. À partir du moment où l'exécution des conventions ressortit de l'ordre judiciaire seul le juge judiciaire est compétent pour en connaître.

Outre ce raisonnement, le juge judiciaire serait également compétent sur le fondement de l'article 3 alinéa 2 du nouvel AUPCAP. Il ressort en effet de cet article que la juridiction qui ouvre la procédure collective est également compétente pour connaître de toutes les contestations nées de la procédure collective, de celles sur lesquelles la procédure collective exerce une influence juridique, ainsi que de celles concernant la faillite personnelle et les autres sanctions à l'exception de celles qui sont exclusivement attribuées aux juridictions administratives, pénales et sociales. Le juge judiciaire serait donc compétent toutes les fois qu'il aurait prononcé une procédure collective à l'encontre d'une entreprise en difficultés et que de cette procédure survient une contestation qui se résout ici en la responsabilité de l'État. Une solution identique pourrait être retenue lorsque l'entreprise en difficultés est une entreprise publique afin de déterminer la compétence du juge administratif. Seulement, dans le cadre des difficultés d'une entreprise privée ou assimilée, la compétence du juge administratif ne sera déterminée que sur un fondement différent.

B. La compétence administrative pour connaître de l'action en comblement du passif

638. Comme précédemment évoqué, il ressort de l'article 3, alinéa 2 du nouvel AUPCAP que le tribunal chargé de la procédure collective est compétent pour connaître de tous ses « prolongements ». C'est dire que lorsque la décision d'ouverture de la procédure collective est prononcée par un juge qui relève de l'ordre judiciaire, lui seul sera compétent pour connaître de la responsabilité d'un État dans l'octroi de l'aide à ladite entreprise. Le juge administratif ne devrait pas dans ce cas être compétent. Or, si

cette assertion se trouve fondée lorsque la responsabilité de l'État est recherchée sur le plan contractuel et précisément s'agissant des contrats privés, il reste qu'elle ne saurait faire l'unanimité de la doctrine lorsque l'État s'est comporté comme un véritable dirigeant dans l'octroi de l'aide à l'entreprise en difficultés.

L'action en comblement d'actif engagée par un syndic sur le fondement de l'article 183 du nouvel AUPCAP, contre l'État pris en tant que dirigeant social de fait, suppose une appréciation d'un comportement de la puissance publique qui s'est exercé hors d'un cadre juridique de droit privé. Par conséquent, les juridictions administratives sont seules compétentes pour en connaître. L'action en responsabilité de l'État, pris en qualité de dirigeant de fait, est dans ce cas détachée de la procédure collective.

639. Si cette analyse se trouve quelque peu fondée, il reste qu'elle est entachée d'une « *antinomie flagrante* ». En effet, l'État qui dispense une aide à une entreprise en difficultés agit dans « *un cadre juridique de droit privé* ». Il peut donc être poursuivi comme dirigeant de fait, c'est-à-dire comme gestionnaire d'une entreprise privée. Dire que le juge administratif est dans ce cas compétent quand bien même c'est le juge judiciaire qui a prononcé la décision d'ouverture de la procédure collective serait remettre en cause l'unité de la procédure collective prônée par le nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif[1287]. C'est dire qu'une telle analyse méconnaît l'unité de la procédure collective. Cette divergence d'analyses est révélatrice du malaise que suscite la mise en jeu de la responsabilité de l'État qui vient au secours d'une entreprise en difficultés.

Quoiqu'il en soit, la responsabilité de l'État est rarement mise en jeu directement devant les juridictions administratives comme judiciaires. En revanche, indirectement, elle sera souvent invoquée pour atténuer la responsabilité des dirigeants fautifs, voire pour la dégager purement et simplement lorsqu'ils n'ont fait que se soumettre aux directives pressantes des pouvoirs publics.

[1287] Article 3, alinéa 2.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

640. L'entreprise en difficultés peut recourir à l'État afin de surmonter ses difficultés. Les aides d'État peuvent intervenir à temps pour sauver une entreprise qui connaît des difficultés surmontables et cet apport financier peut jouer le même rôle salvateur que le répit négocié de la part des créanciers dans le cadre du concordat.

Si le principe en la matière est celui de l'incompatibilité des aides avec le marché commun, il reste que certaines aides peuvent exceptionnellement être déclarées compatibles.

Lorsqu'elles sont déclarées compatibles avec le marché commun, les aides d'État peuvent concourir au redressement des entreprises en difficultés. Plusieurs techniques permettent d'ailleurs d'y parvenir. Il s'agit notamment des subventions, des transactions à prix anormal, les exonérations d'impôts et de taxes parafiscales, des garanties de prêts à des conditions particulièrement favorables etc. Toutefois, l'efficacité de ces dernières reste incertaine. L'entreprise en difficultés a le plus besoin d'argent frais pour son redressement, et non de simples exonérations fiscales ou de remise de dettes sans efficacité véritable[1288]. Elles revêtent néanmoins une importance dans la mesure où elles tendent à assurer le développement des entreprises, à prévenir l'aggravation du chômage et à favoriser la multiplication éventuelle des concours des banques et même des associés qui viennent parfois en complément des aides publiques obtenues.

S'il est vrai que l'importance des aides d'État dans le financement des entreprises en difficultés est indéniable, il reste tout aussi vrai qu'elles ne s'imposent pas comme une évidence. Bien au contraire, la dure réalité des faits devrait conduire l'État à s'incliner devant les mécanismes de la concurrence, même s'ils aboutissent à l'élimination d'entreprises. Mais d'un autre côté, les pouvoirs publics ne peuvent se résigner à la disparition. Ils doivent de manière directe ou indirecte soutenir les entreprises défaillantes. Cependant, ils ne devront surtout n'aider que les entreprises qui connaissent des difficultés surmontables et agir avec discernement sous peine d'engager leur responsabilité.

[1288] NGUIHE KANTE (P.), *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit camerounais*, Thèse précitée, p. 264.

Nonobstant l'importance des aides d'État, ou parce qu'elles sont intervenues trop tard, il arrive que la situation de l'entreprise continue de se détériorer au point qu'elle se sente obligée de recourir aux autres techniques extra bancaires de financement des entreprises en difficultés afin de renflouer ses caisses.

CHAPITRE 2

LES AUTRES CIRCUITS EXTRABANCAIRES DE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS

641. L'entreprise en difficultés qui, dans la quête du financement extrabancaire, n'obtient pas satisfaction de la part de l'État peut recourir aux autres acteurs de financement extrabancaire.

Même si le secteur bancaire est prédominant, les institutions ainsi que les techniques de financement autres que bancaires se sont beaucoup diversifiées. Non seulement l'architecture légale et réglementaire est très riche en la matière, mais une gamme importante de techniques financières existe et les produits relativement sophistiqués ont été mis en place. En tant que tels, ces produits sont adaptés aux entreprises en difficultés et peuvent par voie de conséquence concourir au sauvetage de ces dernières. Seulement, parmi ces techniques extrabancaires de financement, certaines sont accessibles (SECTION 1) tandis que d'autres sont incertaines et sélectives (SECTION 2). Il conviendrait donc de s'y appesantir afin de relever leur importance dans le renflouement financier des entreprises en difficultés.

SECTION 1. LES FINANCEMENTS EXTRABANCAIRES ACCESSIBLES

642. Le financement est accessible lorsque quand bien même certaines conditions l'entourent, celles-ci ne sont pas de nature à limiter son accès.

Dans l'arsenal des financements extrabancaires accessibles, l'on distingue les financements formels des financements informels. Le financement est formel lorsqu'il bénéficie d'une réglementation de la part des pouvoirs publics et informel au cas inverse[1289]. Pour une bonne analyse de la place qu'occupent les techniques extrabancaires dans le financement des entreprises en difficultés, il serait judicieux d'envisager d'une part les financements formels (§1) et d'autre part les financements informels (§2).

[1289] Le financement est informel lorsqu'il est peu ou pas du tout réglementé

§1. Les financements formels

643. Les financements formels sont les modes d'endettement faisant l'objet d'une certaine réglementation. Certaines de ces sources de financement officielles sont crédibles et importantes en vertu de l'existence des disponibilités pouvant répondre à tout moment aux besoins des entreprises. Celles-ci peuvent donc y recourir lorsqu'elles connaissent les difficultés afin de les surmonter. Dans le cadre de notre étude, nous avons distingué deux types d'endettement extrabancaire formels et accessibles qui sont le financement par les établissements de microfinance (A) et le crédit fournisseur (B).

A. Le financement par les établissements de microfinance

644. Dans la quête de leur redressement, les entreprises en difficultés ont toujours fait face à des problèmes de financement. Deux grandes sources de financement leur sont disponibles : le financement bancaire et le financement par les établissements de microfinance[1290]. Nul doute que l'accès au financement bancaire peut constituer un obstacle majeur empêchant une entreprise d'éviter sinon la cessation des paiements du moins la liquidation des biens. D'où le recours aux établissements de microfinance qui sont considérées comme des institutions de financement de proximité et une arme efficace de lutte contre la pauvreté. Que faut-il dès lors entendre par micro-finance ?

Définir l'établissement de microfinance n'est pas une activité aisée du fait des nombreuses acceptions que peut revêtir la notion[1291]. Les chercheurs, les institutions ainsi que le législateur CEMAC ont retenu leurs propres définitions.

[1290] Aux termes de l'article 1er du Règlement COBAC EMF 2002/21 du 15 avril 2002 relatif aux formes juridiques liées à chaque catégorie d'EMF, « *les établissements de micro finance sont regroupés en trois catégories, conformément à l'article 5 du Règlement du Comité Ministériel de l'UMAC relatif à l'activité de microfinance* ». Sont classés en première catégorie, les établissements qui procèdent à la collecte de l'épargne de leurs membres qu'ils emploient en opérations de crédit, exclusivement au profit de ceux-ci. Il s'agit notamment de tous les établissements de microfinance de type associatif, coopératif ou mutualiste. Sont classés en deuxième catégorie, les établissements qui collectent l'épargne et accordent les crédits aux tiers. Cette catégorie ne concerne que les EMF constitués sous forme de société anonyme. Sont classés en troisième catégorie, les établissements qui accordent des crédits aux tiers sans exercer l'activité de collecte de l'épargne. Il peut s'agir notamment d'établissements de micro crédit, de projets, de sociétés qui accorderaient des crédits filières ou de sociétés de caution mutuelle (articles 3 du Règlement COBAC EMF 2002 précité et 5 du Règlement n°01/02/CEMAC/UMAC/COBAC du 13 avril 2002 relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance dans la CEMAC).

[1291] SAMB (M.), *Le droit de la microfinance dans l'espace OHADA*, février 2009, p.11.

Selon la banque mondiale[1292], l'établissement de microfinance consiste en l'octroi de services financiers à des personnes en situation de précarité économique impliquant le développement d'une activité productive, le plus souvent de l'artisanat et du commerce.

Pour le Professeur Jean Michel SERVET « *la microfinance réunit un ensemble d'organisations aux formes et statuts divers, pratiquant des opérations de prêt et/ou de collecte d'épargne de faible montants, à une échelle décentralisée, et fondées sur la proximité. Elle peut permettre, même aux plus démunis, de créer leur propre emploi et d'être ainsi des acteurs économiques à part entière* »[1293].

Le Professeur MOUSSA SAMB pense pour sa part que « *la microfinance est une activité exercée par des entités agréées n'ayant pas tout le statut de banque ou d'établissement financier -tel que défini à la loi bancaire- et qui pratiquent à titre habituel des opérations de crédit et/ou de collecte de l'épargne et offrent des services financiers spécifiques au profit des populations évoluant pour l'essentiel en marge du circuit bancaire traditionnel* » [1294].

Aux termes de l'article 1er du Règlement nº01/02/CEMAC/UMAC/COBAC du 13 avril 2002 relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance dans la CEMAC, « *la « microfinance » est une activité exercée par des entités agréées n'ayant pas le statut de banque ou d'établissement financier tel que défini à l'annexe à la Convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les États de l'Afrique Centrale et qui pratiquent, à titre habituel, des opérations de crédit et ou de collecte de l'épargne et offrent des services financiers spécifiques au profit des populations évoluant pour l'essentiel en marge du circuit bancaire traditionnel* ».

645. De ce qui précède, il ressort que les établissements de microfinance font désormais partie intégrante du système bancaire au même titre que les établissements de crédit, même si ce sont deux catégories d'institutions financières d'essences différentes[1295]. Ils peuvent comme les banques octroyer le crédit aux entreprises en

[1292] Banque mondiale (2006), "Making Finance Word for Africa".
[1293] SERVET (J.M.), *Banquiers Aux pieds nus. La microfinance*, Editions Odile Jacob, 2006, p.511.
[1294] SAMB (M.), *Le droit de la microfinance dans l'espace OHADA*, *op.cit*., p.11.
[1295] WAMBA NANGMO (F. G.), *Réflexions critiques sur la liquidation des établissements de microfinance à la lumière du Règlement relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté dans la CEMAC*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2015, p. 5.

difficultés afin de permettre à ces dernières de surmonter leurs difficultés. Seulement, au regard des contraintes inhérentes à l'activité de microfinance, le crédit octroyé par les établissements de microfinance s'avère limité. Il conviendrait donc de s'appesantir sur cette limitation (1) avant d'envisager les effets de cette technique de financement (2).

1. L'octroi limité du crédit

646. Le rôle des établissements de microfinance dans le renflouement financier des entreprises en difficultés est indéniable. Même si plusieurs raisons expliquent que l'octroi de leurs concours soit limité (a), il s'avère que plusieurs crédits se trouvent adaptés à la situation réelle de ces dernières (b).

a. Les raisons de la limitation

647. Interrogés sur les raisons de la limitation des crédits octroyés, les responsables des établissements de microfinance évoquent la soumission aux normes prudentielles, l'insuffisance ou l'absence de garanties ainsi que cette question de responsabilité envisagée dans le cadre du traitement des difficultés des entreprises.

La soumission des établissements de microfinance aux normes prudentielles auxquelles sont assujetties les banques constitue la première raison de la limitation des crédits qu'ils octroient aux entreprises en général et particulièrement à celles qui connaissent des difficultés. L'activité de microfinance est en effet soumise à un contrôle qui exige que les établissements de microfinance respectent les normes de gestion ou normes prudentielles dans l'octroi du crédit, afin de prévenir les risques liés à cette activité[1296]. Ce contrôle a pour but d'abord de protéger les épargnants qui confient leurs capitaux aux établissements de microfinance, ensuite d'assurer la direction du crédit en donnant à l'économie les capitaux qui lui sont nécessaires et enfin, de maintenir l'équilibre entre l'épargne et l'investissement.

648. Plusieurs normes sont imposées aux par la COBAC [1297]. Mais, dans le cadre de ce travail, seules retiendront notre attention les normes de solvabilité, de liquidité et

[1296] TCHOMGUI KOUAM (G.), *Le traitement des défaillances bancaires des établissements de microfinance*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2010, p. 18.

[1297] Il s'agit notamment du ratio de solvabilité (Règlement COBAC EMF 2002/04 du 15avril 2002 relatif aux fonds propres nets), de division des risques (du Règlement COBAC EMF 2002/ 08 du 15avril 2002 relatif à la division des

d'équilibre précédemment étudiées dans les développements afférents au financement bancaire.

Rappelons pour mémoire que la solvabilité est l'aptitude à faire face à ses engagements au moyen de ses fonds propres. Le risque d'insolvabilité vient de ce que l'établissement de microfinance tombe en faillite et ne puisse plus remettre l'argent de ses déposants.

Relativement à la liquidité, l'article 1er du Règlement COBAC EMF 2002/ 14 du 15avril 2002 relatif à la liquidité des établissements de microfinance prévoit que ces derniers sont tenus de respecter un rapport minime entre leurs disponibilités et leurs exigibilités à moins de trois mois dit « rapport de liquidité ». Le ratio de liquidité est donc la capacité à honorer ses engagements à vue et à très court terme. Il permet de prévenir le risque d'illiquidité qui surviendrait au cas où, tous les déposants demanderaient le remboursement immédiat de leurs avoirs.

Quant à la norme d'équilibre, elle englobe la norme de couverture et de division des risques. Aux termes de l'article 1er du Règlement COBAC EMF 2002/ 07 du 15avril 2002 relatif à la couverture des risques, *« les établissements de microfinance sont tenus de respecter en permanence un rapport minimum, dit rapport de couverture des risques, entre le montant de leurs fonds propres nets ou fonds patrimoniaux nets et celui des risques qu'ils encourent du fait de leurs opérations avec leur clientèle* ». Il ressort également de l'article 1er du Règlement COBAC EMF 2002/ 08 du 15avril 2002 relatif à la division des risques que les établissements de microfinance sont tenus de respecter un rapport minimum entre le montant de leurs fonds patrimoniaux ou fonds propres nets et l'ensemble des risques qu'ils encourent du fait de leurs opérations avec un même bénéficiaire ou avec des bénéficiaires ayant reçu chacun des concours supérieurs à une certaine proportion desdits fonds patrimoniaux ou fonds propres nets.

---

risques), de couverture des risques (Règlement COBAC EMF 2002/ 07 du 15avril 2002 relatif à la couverture des risques), de couverture des immobilisations (Règlement COBAC EMF 2002/09 du 15avril 2002 relatif à la couverture des immobilisations), de liquidité (Règlement COBAC EMF 2002/14 du 15avril 2002 relatif à la liquidité des établissements de microfinance), de limitation des concours octroyés aux actionnaires, administrateurs, dirigeants et personnel (Règlement COBAC EMF 2002/10 du 15avril 2002 relatif aux engagements des établissements de microfinance en faveur de leurs actionnaires, administrateurs, dirigeants et personnel) , le plafonnement des prises de participation (Règlement COBAC EMF 2002/16 du 15avril 2002 relatif à la prise de participation des établissements de microfinance) et, la limitation des opérations autorisées à titre accessoire (Règlement COBAC EMF 2002/02 du 15avril 2002 relatif la limitation des opérations autorisées à titre accessoire), etc.

À partir du moment où les établissements de microfinance ne peuvent octroyer du crédit sans observer ces normes à eux imposées, il va de soi que les crédits octroyés aux entreprises qui connaissent des difficultés seront généralement limités.

649. L'autre raison de la limitation des crédits octroyés aux entreprises en difficultés relève de l'insuffisance ou du manque des garanties. En effet, l'entreprise, parce qu'elle est en difficultés n'a généralement plus de garantie à même d'inciter les pourvoyeurs de crédit à leur apporter leur concours.

Les garanties sont nécessaires à tout créancier qui entend se prémunir contre les risques du crédit. Quelles que soient les précautions prises préalablement à l'octroi du crédit, l'établissement de microfinance court le risque que son client ne respecte pas ses engagements. Il est certes protégé, comme tout créancier, contre le risque d'insolvabilité, par l'affectation du patrimoine, ou, plutôt l'actif du patrimoine de son débiteur, au paiement de sa créance[1298]. Mais, ne perdons pas de vue que ce droit n'offre qu'une protection limitée à ce pourvoyeur de crédit, car, il est en concurrence avec tous les autres créanciers de son débiteur avec qui il devra partager les actifs[1299].

650. Pour donc renforcer sa sécurité, l'établissement de microfinance peut demander l'affectation à sa créance de garanties spécifiques de paiement : les sûretés. Celles-ci peuvent être réelles (gage, hypothèque, etc.) ou personnelles (cautionnement et lettre de garantie). La garantie constitue en ce sens un impératif, car elle permet à l'institution de financement qui octroie le crédit, de se prémunir contre le risque qu'elle ne veut ou ne peut prendre.

Le caractère impératif des garanties peut constituer un obstacle au financement des entreprises en difficultés lorsque ces dernières ne disposent plus de garanties nécessaires à l'octroi du crédit. Les principales garanties exigées par les établissements de microfinance étant des cautions des sociétés mères, des principaux actionnaires ou des dirigeants[1300], des cautions réelles, des nantissements du matériel productif, il peut s'avérer que l'entreprise n'étant pas une filiale, ne dispose plus d'aucune capacité à

[1298] MONDINO (J.) et THOMAS (Y.), Le droit du crédit, *op.cit.*, p.89.
[1299] *Idem.*
[1300] KOUAM GUIADEME (M. P.), *L'accès au crédit dans les EMF de deuxième catégorie*, Rapport de DESS, Université de Yaoundé II-Soa, 2007-2008, p. 37 ; ELOUNDOU MBESSA (F.), *L'utilisation des garanties par les établissements de microfinance (EMF) cas des CEPI*, Rapport de DESS, Université de Yaoundé II-Soa, 2005-2006, p. 42.

fournir une caution, soit parce que les actionnaires et dirigeants sont dans l'impossibilité de souscrire leurs engagements, soit parce qu'un autre établissement de microfinance renonce à se porter caution. Toutefois, la situation d'une filiale est quelque peu enviable, en ce sens que la société mère pourra valablement souscrire son engagement au profit de cette dernière qui recevra de la sorte le financement.

De même, une entreprise peut n'avoir à sa disposition que son matériel productif. Dans ce cas, la convention de crédit sera difficilement exécutée, car les établissements de microfinance tiennent toujours compte du risque de vol et de dépréciation. Ceci est de nature à fragiliser la constitution des nantissements.

651. La dernière raison de la limitation du crédit tient de la responsabilité des tiers envisagée dans l'octroi du crédit aux entreprises en difficultés. Les responsables des établissements de microfinance estiment qu'à partir du moment où une telle responsabilité est prévue dans l'Acte uniforme sur les procédures collectives, il n'est pas exclu que leur responsabilité soit retenue du fait de l'octroi du crédit aux entreprises en difficultés. Ils préfèrent donc s'abstenir d'apporter leur concours afin d'éviter que leur responsabilité aussi bien civile que pénale soient retenues.

Quoiqu'il en soit, plusieurs crédits relevant des établissements de microfinance peuvent concourir au sauvetage des entreprises en difficultés. Il conviendrait donc de les inventorier afin de mieux cerner l'intérêt d'un tel financement.

b. La typologie des crédits octroyés

652. La typologie des crédits offerts par les établissements de microfinance est fonction des contraintes d'épargne ou de garantie, de l'accomplissement du crédit, des modalités de remboursement du crédit, des taux de crédit, de l'objet du crédit et de la durée du crédit.

En principe, les microcrédits[1301] ont une durée courte qui dépasse rarement une année. Toutefois, en fonction des relations que la structure entretient avec son client et surtout de l'objet du prêt, certains crédits à moyen terme peuvent être octroyés. Il

[1301] Le microcrédit consiste en l'attribution de prêts de faible montant à des entrepreneurs qui ne peuvent accéder aux prêts bancaires classiques. C'est à juste titre qu'il apparaît comme un moyen de lutter contre l'exclusion bancaire. Il se développe surtout dans les pays en développement, où il permet de concrétiser des microprojets, favorisant l'activité et la création de richesse, mais se pratique également dans les pays développés ou en transition.

conviendrait donc de s'appesantir sur ceux qui paraissent les plus adaptés au financement d'une entreprise en difficultés en distinguant les crédits à court terme des crédits à moyen terme.

Les crédits à court terme se trouvent davantage adaptés au financement des entreprises en difficultés passagères telles que des entreprises en règlement préventif, même s'ils peuvent également dans certains cas contribuer au renflouement financier des entreprises en redressement judiciaire.

En règle générale, le crédit à court terme est celui qui est consenti pour une durée inférieure à deux ans. Il représente la plus grande partie des opérations de crédit, à la fois parce qu'il conserve à la trésorerie des établissements de microfinance le maximum de liquidité et parce qu'il permet à ces dernières de développer au maximum le nombre de leurs opérations, donc de multiplier leurs profits.

653. Parmi les crédits à court terme octroyés par les établissements de microfinance, les crédits par caisse tels que le découvert et l'escompte peuvent efficacement contribuer au sauvetage des entreprises en difficulté. Rappelons pour mémoire que le découvert parfois qualifié « *d'avance en compte* » consiste en une autorisation donnée au titulaire d'un compte (le plus souvent un compte courant) de rendre le compte débiteur. Le découvert est généralement revolving[1302] et présente de ce fait une grande souplesse. L'entreprise en difficultés bénéficiaire l'utilise dans la mesure de ses besoins, dans la limite du plafond fixé, et pour la durée qui lui convient. C'est à juste titre que nous pensons qu'il peut efficacement concourir au redressement des entreprises en difficultés.

Quant à l'escompte, il s'agit d'une opération par laquelle un client remet un effet de commerce à l'établissement de microfinance qui en paie le montant au remettant ou en crédite son compte, sous déduction d'une somme représentant le service rendu et les intérêts à couvrir jusqu'à l'échéance. L'entreprise en difficultés qui détient les effets de commerce émis pour assurer le règlement d'une vente commerciale ou d'une prestation de services peut recourir à un établissement de microfinance afin d'obtenir son concours par la voie de l'escompte. Ce mécanisme de financement semble davantage adapté aux

[1302] C'est-à-dire renouvelable. Le crédit renouvelable est une forme de crédit consistant à mettre a disposition d'un emprunteur une somme d'argent réutilisable au fur et à mesure de son remboursement.

entreprises qui connaissent des difficultés passagères. L'efficacité de la mesure tient de la garantie qu'elle confère au pourvoyeur de crédit. Ce dernier peut en effet reconstituer sa trésorerie en faisant réescompter l'effet auprès d'un autre établissement de microfinance.

654. Dans la perspective de diversifier leurs activités, les microfinances s'emploient à offrir à leur clientèle les crédits à moyen terme similaires à ceux octroyés par les banques. Il s'agit du crédit-bail et du crédit à l'habitat. Mais seul retiendra notre attention ici le crédit-bail au regard de sa pertinence dans le financement des entreprises en difficultés.

Le crédit-bail ou leasing est une opération de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par les entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle qu'en soit la qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués moyennant un prix convenu, tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers[1303]. Longtemps ignoré par les textes dans les pays de l'espace OHADA, bien que le mécanisme fût connu dans la pratique de financement des PME, le crédit-bail connaît un regain de connaissance par une consécration législative. C'est ainsi que des textes ont été adoptés dans les pays de l'espace OHADA[1304] donnant aux établissements de microfinance, la possibilité d'offrir des services de crédit-bail. Un tel crédit s'avère intéressant pour l'entreprise dont les difficultés relèvent du manque ou de l'insuffisance des biens d'équipement ou de matériel d'outillage. C'est dans cette hypothèse que le crédit-bail peut être considéré comme une technique de financement des entreprises en difficultés.

L'enjeu pour les établissements de microfinance d'ajouter le crédit-bail à la typologie des crédits octroyés est de pouvoir mieux s'adapter aux besoins spécifiques de la clientèle encore insuffisamment desservie. C'est un produit intéressant pour cibler les petites et moyennes entreprises à la quête d'un financement pour l'acquisition de matériel ou de l'outillage. Dès lors, si le crédit-bail peut concourir au financement d'une entreprise en difficultés, quels peuvent être les effets dudit financement ?

[1303]SAMB (M.), Le droit de la microfinance dans l'espace OHADA, *op. cit.*, p. 52.
[1304] Au Cameroun, c'est la loi n°2010/020 du 21 décembre 2010 portant organisation du crédit-bail.

2. Les effets du financement

655. Tout financement, quel qu'il soit, produit des effets aussi bien à l'égard de l'emprunteur (a) que du prêteur (b).

a. Les effets du financement sur l'entreprise en difficultés

656. Bien que limité dans sa mise en œuvre, le financement est une clé pour le sauvetage des entreprises en difficultés. Il est un facteur de redressement des entreprises en règlement préventif et en redressement judiciaire même s'il peut dans certaines hypothèses entraîner la liquidation des entreprises jadis redressable.

L'importance du financement dans le redressement des entreprises en difficultés est indéniable. C'est d'ailleurs ce qui permet à l'entreprise d'assurer sa restructuration financière et d'apurer son passif lorsque les délais de paiement imposés ou consentis arrivent à expiration. Le financement est ce qui permet à l'entreprise en difficultés de poursuivre son exploitant lorsque l'entreprise connaît des difficultés financières, un apport des fonds est davantage ce qui lui permettra de retrouver son équilibre. Toutefois, cet effet recherché ne se produira que lorsque le financement octroyé l'aurait été dans les conditions favorables c'est-à-dire de nature à faciliter le sauvetage d'une exploitation difficultueuse.

657. S'il est vrai que le financement contribue généralement au sauvetage des entreprises en difficultés, il n'en demeure pas moins qu'il constitue parfois la cause même de l'échec du redressement. Une telle situation se présente lorsque l'institution de microfinance a octroyé un crédit excessif, ruineux et inadéquat, inapte par conséquent à permettre la survie d'une exploitation dont la situation est remédiable.

Le pourvoyeur de crédit qui entend concourir au sauvetage d'une entreprise en difficultés doit donc s'assurer que le crédit qu'il octroie ne revêt pas tous ces caractères car nous pensons qu'au regard des règles applicables en cas de liquidation des biens, il gagnerait à ce que l'exploitation soit sauvée au lieu qu'une liquidation soit prononcée. C'est dire que le sort qui lui est réservé sera ou non favorable selon que l'entreprise est redressée ou liquidée.

b. Les effets du financement sur l'institution de microfinance

658. L'institution de microfinance ayant contribué au renflouement financier d'une entreprise en difficultés doit se prévaloir des droits découlant d'un tel exercice même si elle peut par ailleurs voir sa responsabilité retenue de ce fait.

Afin d'inciter les pourvoyeurs de crédit à s'investir dans le financement des entreprises en difficultés, le législateur OHADA a mis sur pied le privilège « *d'argent frais* ». Il s'agit d'un droit reconnu à tout créancier ayant apporté un concours financier à l'entreprise postérieurement à ses difficultés. Ce droit permet au créancier d'être payé à l'échéance et même par priorité lorsque le prix pour désintéresser tous les créanciers s'avère insuffisant. L'institution de microfinance peut donc s'en prévaloir à partir du moment où elle a contribué au sauvetage de l'entreprise en difficultés. En effet, sans le concours de cette dernière, l'entreprise ne pouvait sans doute pas continuer son activité. Pour cela, ses droits doivent être soldés à l'échéance et par priorité. Il convient toutefois de rappeler que le bénéfice de ce droit est soumis à une triple exigence. Il s'agit notamment de la postériorité de la créance au jugement d'ouverture de la procédure collective, de la régularité de la créance et de sa finalité. La créance doit avoir été consentie pour les besoins du redressement de l'entreprise. Ces conditions étant cumulatives, l'institution de microfinance ne devra se prévaloir du paiement prioritaire que lorsqu'elles s'avèrent réunies.

659. L'autre effet du financement sur l'institution de microfinance est relatif à sa responsabilité civile et même pénale.

Tout distributeur du crédit est susceptible, dans certaines situations, d'engager sa responsabilité aussi bien à l'égard de l'emprunteur lui-même, auquel cas, le lien qui les unit caractérise une responsabilité de type contractuel, que de sa caution, mais également à l'égard des créanciers de l'emprunteur. La responsabilité est dans cette dernière hypothèse dite délictuelle.

Dans l'octroi du crédit à une entreprise en difficultés, plusieurs fautes peuvent engendrer la responsabilité de l'institution de microfinance. Le crédit octroyé peut avoir été ruineux inadéquat ou excessif. De même, l'institution peut avoir octroyé le crédit à une entreprise en situation irrémédiablement compromise. Il peut enfin s'être comporté comme un dirigeant de droit en s'immisçant dans la gestion de l'entreprise emprunteuse.

660. L'institution de microfinance engage sa responsabilité s'il consent un concours dont le montant ou le coût est ruineux, s'il entraîne une charge excessive qui est hors de proportion avec les facultés financières de l'emprunteur ou trop important par rapport aux fonds propres créant ainsi un déséquilibre insupportable. La sanction repose sur un manquement aux devoirs de vigilance et de discernement donc doivent faire preuve les fournisseurs de crédit dans l'octroi des concours qu'ils consentent.

En soutenant financièrement une entreprise dont la situation financière est désespérée, l'institution de microfinance masque la réalité, prolonge artificiellement la vie de l'entreprise et diffère l'ouverture d'une procédure collective de liquidation des biens, ce qui conduit nécessairement à augmenter les pertes de l'entreprise, et donc à diminuer les chances des créanciers de voir leurs créances honorées. L'institution commet donc une faute dans la mesure où il manque à son devoir de discernement et de diligence.

L'institution de microfinance qui s'immisce dans la gestion des affaires de son client est qualifiée de dirigeant de fait et engage pour cela sa responsabilité. Elle s'expose à une action en comblement du passif.

661. Toutefois, la mise en œuvre de cette responsabilité suppose la constatation d'une faute de l'institution, d'un préjudice réparable et la démonstration nécessaire d'un lien de causalité entre la faute du fournisseur de crédit et le préjudice dont il est demandé réparation. Il appartient donc au demandeur de les établir. Si l'un des éléments constitutifs de la responsabilité de l'institution de microfinance fait défaut, cette dernière ne pourra voir sa responsabilité engagée. Aussi, s'il est vrai qu'une telle responsabilité est de plus en plus recherchée lorsque l'entreprise est soumise à une procédure collective, force est de clamer non seulement l'encadrement du droit d'agir en responsabilité dans les procédures collectives mais aussi et surtout l'encadrement de la responsabilité des pourvoyeurs de crédit aux entreprises en difficultés afin que ces derniers ne soient réticents à apporter leurs concours toutes les fois qu'une entreprise sera soumise à une procédure collective. Une telle initiative sera bénéfique pour l'entreprise en difficultés qui n'aura forcément plus besoin du crédit fournisseur dans la quête de son redressement.

B. Le crédit fournisseur : une facilité de trésorerie

662. Le crédit fournisseur correspond à un crédit consenti par les fournisseurs à leurs clients sous forme de délais de paiement[1305]c'est-à-dire les délais entre la livraison d'un bien ou la prestation de services et le règlement de la dette correspondante. Ces délais de règlement accordés constituent une forme de crédit interentreprises qui permet le financement des stocks immobilisés. Il s'agit donc d'une facilité de trésorerie susceptible de contribuer au renflouement financier des entreprises en difficultés.

Au regard des contraintes inhérentes aux autres modes de financement externe, le crédit fournisseur apparaît comme le moyen de financement externe le plus efficace pour les petites et moyennes entreprises qui connaissent des difficultés. Il peut donc être d'un apport utile dans le financement des entreprises en difficultés (1). C'est assurément la raison pour laquelle le législateur des procédures collectives accorde au fournisseur un traitement privilégié même lorsqu'il a traité avec l'entreprise antérieurement à ses difficultés (2).

1. Le crédit fournisseur dans le financement d'une entreprise en difficultés

663. Le crédit fournisseur est d'une importance prépondérante dans le financement des entreprises en général et particulièrement de celles qui connaissent des difficultés[1306]. Cette importance s'observe de par ses manifestations (a) et surtout à travers les avantages qu'il procure aux entreprises (b).

a. Les manifestations du crédit fournisseur

664. On peut être étonné de traiter des technique de financement à propos des délais de paiement tant il est vrai qu'il n'y a pas une mise à disposition des fonds. Cette qualification peut toutefois être retenue si l'on n'oublie pas que cette opération est liée à un acte commercial : la livraison de la marchandise réalisera à la fois l'exécution de la vente et la mise à disposition des fonds[1307]. Cette dernière paraît incontestable même si elle ne se traduit par aucun transfert matériel de fonds : la mise à disposition des fonds est

[1305] RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial, op.cit*, p. 315.
[1306] LEFEBVRE (F.), *Mémentos pratique, sociétés commerciales, op.cit*., p.283.
[1307] BONNEAU (T.), *Droit bancaire, op.cit*., p.119.

liée à la valeur de la marchandise livrée. La preuve en est que ces délais de paiement se traduisent dans les bilans par l'inscription des dettes commerciales[1308]. C'est fort de cela que le crédit fournisseur a pu être considéré comme une technique de financement des entreprises en difficultés.

L'entreprise en difficultés financières peut solliciter de ses fournisseurs qu'ils lui consentent des délais entre la livraison d'un bien ou la prestation de services et le règlement de la dette correspondante. De tels délais auront à coup sûr un impact sur sa trésorerie au même titre que si elle avait sollicité un concours bancaire. Ces délais sont en principe volontaires et le fournisseur les consent dans le cadre de ses relations commerciales[1309]. Il ne faut toutefois pas les confondre avec les délais que le débiteur pourrait solliciter de son créancier, au cas où il ne pourrait satisfaire ses échéances et pas davantage avec les délais de grâce qui pourraient être accordés par le juge[1310].

665. En réalité, cette forme de crédit interentreprises est liée à une politique commerciale (développement des ventes, fidélisation de la clientèle). Si elle est en principe régie par les usages commerciaux et par les pratiques d'entreprises, de nombreux accrochages ont amené le législateur à intervenir.

Au regard du droit de la concurrence, le législateur a interdit de pratiquer entre les clients des mesures discriminatoires qui ne seraient pas justifiées par une contrepartie réelle.

Au regard des relations contractuelles, le législateur a essayé de mettre fin à des pratiques qui risquaient d'envenimer les rapports entre le secteur de la production et celui de la distribution. En effet, par exemple, en vue de mobiliser éventuellement le crédit, le fournisseur, qui est le plus souvent un producteur, tirait une lettre de change sur son débiteur, avec une échéance usuelle de trois mois. Mais le débiteur, au lieu de renvoyer la lettre avec signature, souscrivait un billet à ordre, avec une échéance bien plus longue. Le créancier risquait un grave déséquilibre de trésorerie ou un accroissement de ses coûts financiers. Il aurait donc été en droit de faire condamner cette pratique en justice, mais outre qu'il risquait de perdre le client, les délais judiciaires auraient fait que le billet à ordre aurait été payé avant que le juge se prononce. C'est pourquoi le législateur est

[1308] *Idem.*
[1309] ALFANDARI (E.), *Droit des affaires, op.cit.*, p.118.
[1310] Article 1244-1 du C.civ.

intervenu. Le règlement par billet à ordre n'est permis au débiteur que s'il est expressément prévu par les parties et mentionné sur la facture. Même en ce cas, si le billet à ordre n'est pas parvenu au créancier dans les trente jours qui suivent l'envoi de la facture, le créancier peut émettre une lettre de change, que le débiteur est tenu d'accepter. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

Même si une telle mesure paraît protectrice des intérêts du fournisseur, elle reste tout de même bénéfique pour les entreprises au regard des avantages procurés par le crédit fournisseur. En effet, la mesure entraîne comme conséquence l'incitation les fournisseurs au financement des entreprises.

b. Les avantages du crédit fournisseur pour l'entreprise

666. Les délais de paiements présentent certains avantages à l'égard du fournisseur. S'ils constituent un élément de la négociation commerciale, ils permettent à l'entreprise en difficultés d'éviter le crédit bancaire qui peut être plus onéreux.

Le crédit fournisseur permet non seulement à l'entreprise de ne pas solliciter le concours de sa banque mais aussi et surtout de trouver une alternative au financement bancaire sollicité et non accordé.

Lorsque l'entreprise connaît des difficultés, ses principaux partenaires financiers à savoir les banques et les établissements de microfinance deviennent réticents à lui apporter leurs concours, ce qui est de nature à rendre son redressement incertain. En l'absence de tels concours, l'entreprise en difficultés ne pourra faire face à ses problèmes de trésorerie qu'en recourant entre autres au crédit fournisseur.

667. Compte tenu des relations commerciales que l'entreprise entretient avec son fournisseur, un tel crédit lui sera difficilement refusé. Il s'agit donc d'une technique de financement sûre et mieux adaptée aux entreprises en difficultés qui n'éprouvent aucun problème dans l'écoulement des stocks. En achetant à crédit, les bénéfices dégagés peuvent contribuer au renflouement financier de la trésorerie au même titre que les crédits bancaire et même plus à partir du moment où ces bénéfices ne seront remboursés au fournisseur. Seul le prix de la marchandise livrée à crédit lui sera remis en règlement de la dette. Pourtant, lorsque l'entreprise contracte un prêt bancaire, la totalité du prêt devra être remboursée en plus des intérêts et commissions y afférents.

Le crédit fournisseur semble plus avantageux au regard de ses manifestations. L'entreprise en difficultés, ne supporte aucun coût si ce n'est rembourser la dette du fournisseur. C'est sans doute la raison pour laquelle en vue de conforter les fournisseurs dans leur relation avec les clients, le législateur OHADA leur assure une meilleure protection au cas où la dette viendrait impayée.

2. Les droits du fournisseur impayé

668. Généralement, le crédit fournisseur octroyé conduit le fournisseur à se refinancer auprès de son banquier : le procédé classique est l'escompte par le banquier de l'effet de commerce tiré par le fournisseur sur son client[1311]. Mais compte tenu de la lourdeur, de la rigidité et du coût de l'opération d'escompte, le fournisseur qui dispose assez de fonds gagnerait à ne pas s'y soumettre. Surtout qu'ayant traité avec une entreprise en difficultés, il peut se prévaloir de la priorité de paiement instituée en faveur des créanciers postérieurs (a). De même, sa qualité de créancier réservataire lui permet de revendiquer sa marchandise à tout moment (b).

a. Le fournisseur impayé, créancier postérieur de l'entreprise en difficultés

669. Tout fournisseur qui apporte son concours à une entreprise soumise à une procédure collective est créancier postérieur de cette dernière. À cet effet, il bénéficie du privilège des articles 5-11, 11-1 et 33-1du nouvel AUPCAP.

Au nombre des manifestations de ce droit, le fournisseur doit être payé à l'échéance et par priorité au cas où l'actif est insuffisant à désintéresser tous les créanciers.

Parce qu'il a livré la marchandise à crédit à une entreprise en difficultés, le fournisseur a contribué au renforcement de la trésorerie de cette dernière. Pour cela, il est créancier postérieur ne doit subir aucune restrictions à ses droits. Il doit donc être payé par priorité aux créanciers antérieurs lorsque l'actif le permet. De ce fait, il bénéficie de grandes chances de paiement de sa créance puisqu'il n'est pas à proprement parler assujetti à la discipline collective. Il doit même être payé à l'échéance du moment où il

[1311] RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, *op.cit*., p.315.

conserve son droit de poursuite individuelle et peut exercer une action en justice au cas où la marchandise ne se trouve plus dans le magasin du débiteur.

Une telle possibilité n'est toutefois offerte au fournisseur qu'au cas où l'activité de l'entreprise soumise à une procédure collective est poursuivie[1312]. Au cas contraire, l'on devra se référer aux articles 166 et 167 du nouvel AUPCAP pour avoir l'ordre exact de paiement du fournisseur créancier postérieur, cet ordre qui, quelque soit la configuration du passif, ne pourrait se révéler insuffisamment protecteur[1313]. En effet, conformément à ces articles, le fournisseur occupe le premier rang dans la répartition des deniers. Que ceux-ci proviennent de la réalisation des meubles ou des immeubles. Outre ce traitement qui lui est accordé, le fournisseur a la possibilité de revendiquer la marchandise au cas où elle se trouverait dans les magasins du débiteur au lieu de se soumettre à la répartition prévue aux articles166 et 167 du nouvel AUPCAP.

b. Le fournisseur impayé : un créancier réservataire

670. La clause de réserve de propriété est définie à l'article 72 de l'AUS comme la clause qui « *suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'à complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* »[1314]. Elle permet de garantir le paiement en permettant au vendeur de conserver la propriété de la chose vendue[1315].

La clause de réserve de propriété suppose l'existence d'un contrat translatif de propriété[1316]. Elle est donc nécessairement écrite[1317] conformément à l'article 73 de l'AUS et doit faire l'objet d'une publicité au registre du commerce et du crédit mobilier

[1312] KOM (J.), *Droit des entreprises en difficulté OHADA prévention- traitements- sanctions, op.cit.,* p.226.
[1313] SAWADOGO (F.M), *Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard des créanciers, op.cit.*, p.744.
[1314] Il en découle que la réserve de propriété peut figurer dans tout contrat emportant transfert de propriété, alors que l'AUDCG ne l'avait envisagé qu'à propos du seul contrat de vente (article 276). MIENDJIEM (I. L.), « Régime général des sûretés », in POUGOUE (P.-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA, op. cit*., p. 1495.
[1315] KALIEU ELONGO (Y. R.), « Propriété retenue ou cédée à titre de garantie », *op. cit*., p. 1444.
[1316] C'est la condition d'existence de la sûreté.
[1317] L'écrit est la condition de validité de la clause de réserve de propriété.

(RCCM) comme l'exige l'article 74 de l'AUS [1318] qui renvoie lui-même aux articles 51 à 66 du même texte pour les formalités d'inscription[1319].

Le fournisseur qui a pris la peine d'insérer une clause de réserve de propriété dans le bon de commande, le bon de livraison ou tout écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir et l'a régulièrement publiée au RCCM peut s'en prévaloir afin de revendiquer le bien. Aux termes de l'article 103 alinéa 3 du nouvel AUPCAP, « *peuvent être revendiqués les marchandises et les objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété selon les conditions et avec les effets prévus par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés* ».

671. Sous l'ancien texte, le fournisseur avait la possibilité de poursuivre le sous-acquéreur au cas où le bien était vendu. Il ressortait en effet de l'article 103, alinéa 4 de l'ancien AUPCAP qu'« *en cas d'aliénation de ces marchandises et objets mobiliers, peut être revendiqué, contre le sous-acquéreur, le prix ou la partie du prix dû si celui-ci n'a été ni payé en valeur ni compensé en compte courant entre le débiteur et le sous-acquéreur* ». Dans le nouveau texte une disposition semblable intervient uniquement pour « *les marchandises consignées et les objets mobiliers remis au débiteur, soit pour être vendus pour le compte du propriétaire, soit à titre de dépôt, de prêt, de mandat ou de location ou de tout autre contrat à charge de restitution, notamment tout bien objet d'un contrat de crédit-bail* »[1320].

Il ya donc lieu de se demander s'il est dorénavant interdit au créancier réservataire de poursuivre le sous-acquéreur au cas où sa marchandise vendu avec clause de réserve de propriété se retrouvait entre les mains d'un sous-acquéreur. Nous ne le pensons pas. En renvoyant aux dispositions de l'AUS, le législateur OHADA admet que le créancier réservataire puisse saisir le sous-acquéreur en cas d'aliénation de ses marchandises. Il ressort d'ailleurs de l'article 78 de l'AUS que lorsque le bien est vendu, le droit de

[1318] La condition d'opposabilité de la clause de réserve de propriété aux tiers est fixée par l'article 74 de l'AUS qui dispose que « *la réserve de propriété n'est opposable aux tiers que si celle-ci a été régulièrement publiée au registre du commerce et du crédit mobilier (...)* ». Il est clair que seule l'inscription de la clause au RCCM rend opposable la sûreté aux tiers. En l'absence d'inscription, la sûreté demeure valable entre les parties. Mais, étant inconnue des tiers, elle ne peut leur être opposée.). MIENDJIEM (I. L.), « Régime général des sûretés », *préc*., p. 1495.

[1319] Cette inscription est faite à la demande du fournisseur ou de l'entreprise par le greffier de la juridiction du ressort dans lequel est immatriculée l'entreprise ou de celui dans lequel elle a son siège social (article 52 de l'AUS).

[1320] Article 103, alinéas 1 et 2 du nouvel AUPCAP.

propriété se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur. Ce droit se reporte également sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien détruit.

En tant que créancier postérieur, le fournisseur n'a pas à déclarer sa créance pour exercer son action en revendication. Il peut d'ailleurs l'exercer à tout moment à condition que sa créance soit à terme[1321] et qu'il n'ait pas reçu paiement du syndic[1322]. Pourtant, l'action en revendication exercée par le créancier antérieur est soumise à des conditions préalables. Elle n'est possible que si le créancier a déclaré sa créance[1323], s'il exerce son action dans le délai légal[1324] et à condition de ne pas avoir reçu paiement du syndic.

Tout est donc mis en place afin que l'entreprise en difficultés trouve son financement auprès de ses fournisseurs. Seulement, ce financement en fonction de la gravité des difficultés peut s'avérer insuffisant alors que le dirigeant social ou les associés ont la possibilité de recourir au financement informel qui, bien que peu organisé, peut comme le financement formel, concourir au sauvetage des entreprises en difficultés.

§2 . Le financement informel : un financement peu organisé

672. En Afrique, on ne peut parler de crédit, de système financier sans parler du financement informel[1325]. Encore que ce dernier terme pourrait bien être remplacé par d'autres tels « *parallèle* », «*souterrain*», « *peu organisé* » ou « *non structuré* »[1326].

Comme précédemment évoqué, le financement informel peut simplement être défini par opposition au financement formel. Il est alors difficile, sinon impossible de parler de crédit sans parler de financement informel, car il contribue lui aussi pleinement à la formation d'un capital éventuellement destiné à servir d'instrument de crédit[1327].

[1321] Le terme est ici exigé parce que le fournisseur a apporté son concours alors que l'entreprise était déjà en difficultés. La déchéance du terme ne saurait s'appliquer dans ces cas. Même, s'il avait traité avec l'entreprise antérieurement à ses difficultés, seule la liquidation des biens rendrait exigible sa créance non échue (article 76 du nouvel AUPCAP).

[1322] KALIEU ELONGO (Y. R.), « Propriété retenue ou cédée à titre de garantie », *op. cit*., p. 1445.

[1323] Article 78 du nouvel AUPCAP.

[1324] La revendication doit être entreprise dans un délai précis qui est de trois mois à compter de la publicité du dépôt de l'arrêté des créances ou de la décision qui a admis la revendication si cette admission a fait l'objet d'une contestation.

[1325] KALIEU (Y. R.), *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, Thèse précitée, p. 225.

[1326] *Idem.*

[1327] LE FRANCOIS (L.), « Les tontines », in *Banques et crédit en zone franc et au Zaïre* : *Marchés tropicaux et Méditerranéens*, n° 2247, 2 décembre 1988, p. 3421.

Les financements informels occupent une place importante dans la distribution du crédit[1328]. Ils sont dans certains cas la seule source de crédit aussi bien pour les personnes aux revenus moyens ou faibles que pour les personnes aux revenus élevés[1329]. C'est à juste titre que nous clamons leur importance (A) dans le sauvetage des entreprises en difficultés. Ils semblent d'ailleurs mieux adaptés aux besoins de ces dernières en termes de conditions et d'échéances. Toute entreprise qui connaît des difficultés peut donc y recourir afin de les surmonter[1330]. L'on observe en pratique une diversité des composantes de ce secteur financier (B). Mais, force est de constater une quasi absence de réglementation en la matière. C'est fort de cela que nous militons pour une officialisation de ce mode de financement si intéressant pour l'entreprise en difficultés (C).

A. L'importance des circuits financiers informels

673. L'importance des circuits financiers informels dans le financement d'une entreprise en difficultés est indéniable au regard des difficultés d'accès au financement formel. S'il est vrai que celles-ci constituent la justification fondamentale, il n'en demeure pas moins que plusieurs autres raisons sont envisageables (1). Ces différentes raisons ne doivent cependant pas conférer à l'importance des circuits financiers informels un caractère absolu (2).

1. Les justifications envisageables

674. Plusieurs raisons soutendent l'importance des circuits financiers informels dans le financement des entreprises en difficultés. Il s'agit notamment de l'inefficacité de certaines techniques de financement formel, des différentes ressources employées dans le financement informel ainsi que des modalités d'obtention d'un tel financement.

[1328] ROUCHY (J. Y.), Les tontines camerounaises, in Banques et crédit en zone franc et au Zaïre, Marchés tropicaux et Méditerranéens, n° 2241, 21 octobre 1988, n° spécial Cameroun, p. 2857. Au Cameroun comme dans tous les pays africains, le volume de l'épargne qui ne transite pas par le système formel est considérable. Le crédit supposant en principe qu'il y ait épargne, on comprend pourquoi la part du crédit informel est corrélativement tout aussi importante que l'épargne. KALIEU (Y. R.), *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, Thèse précitée, p. 227.

[1329] EL ABDAIMI (M.), « Le financement informel », *Revue Tiers-Monde*, T.XXX, 1989, p. 869.

[1330] Il convient toutefois de mentionner que l'entreprise ne peut bénéficier de ce mode de financement que par l'intermédiaire d'un membre ou d'un tiers.

Relativement à l'inefficacité de certaines techniques de financement formel, il convient de mentionner que le recours systématique au financement bancaire a montré ses limites. Certaines entreprises en situation de cessation des paiements éprouvent d'énormes difficultés à se financer auprès des banques. Quand bien même un financement bancaire leur est accordé, celui-ci s'avère inadapté à la situation réelle de l'entreprise soit en terme de coût, soit en terme de durée. Ce qui entraîne généralement comme conséquence la liquidation d'une entreprise qui avait les chances de se redresser. Lorsque l'entreprise connaît des difficultés, la première réaction du banquier consiste à se désengager. Il devient ainsi réticent à apporter son concours à l'entreprise qui peut trouver des fonds auprès des circuits financiers informels. Ce mode alternatif de financement apparaît ainsi comme un élément de redressement dont le non fonctionnement aurait entraîné davantage de liquidations.

En ce qui concerne les ressources employées dans le financement informel, il convient de dire que les circuits financiers informels participent à la réalisation des secteurs de base de l'économie en offrant des produits financiers adaptés qui fournissent des ressources de financement[1331]. Les produits d'épargne proposés à cet effet aux membres et à la communauté sont entre autres l'épargne mutuelle, l'épargne rotative simple, l'épargne rotative aux enchères, l'épargne rotative à prix fixe, l'épargne développement, l'épargne rentrée scolaire, l'épargne produit, l'épargne travail, l'épargne assistance, l'épargne habitat, l'épargne projet et l'épargne fêtes. En fonction donc des causes des difficultés, l'entreprise pourra trouver un financement car ces douze produits d'épargne permettent de financer sous forme de crédit les besoins des différents membres. Elle doit cependant être membre d'une tontine, entretenir des relations avec les prêteurs individuels qui peuvent à leur tour être membres d'une tontine ou non.

Pour ce qui est des modalités d'obtention du financement informel, compte tenu de l'appartenance du bénéficiaire au groupe, elles s'avèrent plus favorables que les modalités d'obtention du crédit bancaire. Pour accéder à un financement informel, il suffit d'être membre de la tontine et de n'avoir pas encore bénéficié, ou alors proposer le prix le plus élevé. L'octroi du crédit à partir d'un fonds mutuel exige toutefois du membre qu'il ait une capacité de remboursement.

[1331] NZEMEN (M.), *Tontines et développement ou le défi financier de l'Afrique*, PUC, 1993, p.174.

Quoi s'il en soit, les règles de financement informel en général et tontinier en particulier sont simples et souples parce que fondées sur la confiance. Tous ces avantages font des circuits informels un instrument de financement fondamental. Ce caractère fondamental reste toutefois à relativiser au regard de la rigueur quelques fois observée dans l'octroi du financement.

3. Une importance à relativiser

675. Les règles de financement informel sont basées sur les principes de liquidité, de régularité et de solidarité[1332]. Il s'agit là des conditions de mise en œuvre du financement, conditions sans lesquelles le financement ne sera pas octroyé. C'est-à-dire que comme le financement bancaire, le financement par les circuits financiers informels est soumis à des exigences de nature à limiter le financement.

Le principe de liquidité renvoie ici à la disponibilité des fonds ; le bénéficiaire doit donc avoir la capacité à restituer les fonds à tout moment. Ainsi, il sera peut être difficile pour l'entreprise soumise à une procédure collective d'obtenir un tel financement à partir du moment où elle sera dépourvue d'une telle capacité. De même, étant donné que le principe de régularité suppose la fréquence dans ses cotisations, il sera encore difficile pour l'entreprise parce qu'aux abois d'honorer de façon régulière ses cotisations. Quant à la solidarité, elle n''est de nature à limiter le financement que lorsque le tiers au courant des difficultés que connaît l'entreprise demanderesse du financement, est réticent à avaliser cette dernière. Car la solidarité ici exige l'engagement d'un tiers à payer en lieu et place du bénéficiaire. Un tel engagement étant difficile à souscrire pour le compte de quelqu'un qui a cessé ses paiements, il sera assez difficile pour l'entreprise en difficultés de trouver un financement. Cette difficulté s'observe que ces conditions soient cumulatives ou non.

676. Outre ces conditions, l'on peut également partir de la méthode d'octroi du financement qui consiste à proposer le prix le plus élevé afin de relativiser l'importance des circuits de financement informel. Une telle méthode ayant pour caractéristique d'octroyer le financement au plus offrant, l'entreprise en difficultés qui est aux abois,

[1332] NZEMEN (M.), *Tontines et développement ou le défi financier de l'Afrique*, PUC, 1993, p. 180.

peut acquérir un financement inadéquat parce que coûteux ; inapte de ce fait à concourir à son redressement.

La situation de l'entreprise en difficultés en quête d'un financement informel semble quelque peu différente lorsque cette dernière recourt à un tiers membre d'une tontine jouissant encore de toute sa capacité financière car même si la difficulté demeure ici en ce qui concerne le coût du crédit si c'est le crédit secondaire qui est octroyé, les conditions fondamentales énumérées ci-dessus à savoir les principes de liquidités, de régularité et de solidarité se trouveront réunies. De la sorte, le financement octroyé à ce membre de la tontine pourra être transmis à l'entreprise en difficultés en guise de dette qu'elle devra rembourser selon l'échéancier fixé. Une telle initiative semble également louable lorsque l'entreprise connaît des difficultés car la même difficulté qui s'observe pour les tontines s'observe également pour les autres circuits financiers informels dont il conviendrait d'énumérer.

B. La diversité des composantes du secteur financier informel

677. Le secteur informel [1333]se définit comme toute activité économique spontanée échappant en grande partie à l'administration, en marge souvent des obligations légales non recensées dans les statistiques officielles et bénéficiant rarement des activités promotionnelles de l'État[1334]. Il renvoie à toute activité économique entreprise en dehors des exigences légales et qui échappe aux mécanismes de contrôle de l'État[1335].

Si le secteur informel se définit aisément, son contenu n'en demeure pas moins variable et hétérogène[1336]. En effet, toute épargne, tout emprunt, tout prêt qui se déroule hors les circuits officiels ressortissent de l'informel[1337]. Que ce soit en milieu rural ou en zone urbaine, chez les couches favorisées ou en milieux pauvres, les circuits financiers informels sont aujourd'hui une réalité incontournable. Ils sont aussi divers que le sont

[1333]A partir de six critères essentiels, on peut différencier le « «formel » de « l'informel » : la taille (de l'entreprise), l'enregistrement de l'activité, la sincérité des comptes, la fixité du lieu d'exercice, l'accès au crédit et le statut fiscal.
[1334] BOYE (M.), « La formalisation de l'informel : des systèmes financiers décentralisés à l'entreprenant », in *PENANT*, n°886, janvier-mars 2014, p. 58.
[1335] DJADE (K.), *L'économie informelle en Afrique subsaharienne*, L'harmattan, 2011, p. 13.
[1336] LAUTIER (B.), *L'économie informelle dans le tiers monde*, éd. La Découverte, 1994, p. 8.
[1337] KALIEU (Y. R.), *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, Thèse précitée, p. 226.

toutes les autres activités informelles. Ceci ne rend pas aisée la présentation des différents intervenants du système[1338]. Plusieurs approches étant possibles, nous avons opté pour la distinction entre les tontines (1), les prêteurs individuels (2) et les systèmes financiers informels liés à l'épargne (3).

1. Les tontines

678. Les tontines sont des associations d'épargnants fondées sur le respect de la parole donnée et des critères homogènes dont le but est de promouvoir toute action de solidarité ou de constituer périodiquement un marché financier informel permettant à ses membres de placer leur épargne pour les uns et d'accéder au crédit pour les autres[1339]. De même, on peut définir la tontine comme un groupe de personnes qui utilise les moyens non réglementés pour poursuivre les objectifs légaux, ce sont des formes de financement traditionnel qui permettent de satisfaire les besoins prioritaires de ses membres. C'est ainsi que les tontines financent aussi bien le secteur informel que le secteur formel de l'économie nationale.

679. On distingue les tontines de solidarité des tontines économiques et de marchés jumelées.

La tontine de solidarité est une tontine dont le mode d'attribution des tours est fondé sur un tirage au sort, un ordre déterminé soit en fonction de la programmation des problèmes sociaux des membres, soit en raison du niveau de rentabilité de chaque projet présenté par membre et tout ceci de manière rotative. Quand tous les membres ont eu chacun son tour, on dit que le cycle est terminé. L'accès au bénéfice de la tontine n'est pas onéreux. On classe dans cette catégorie la tontine de travail, la tontine d'argent ou tontine simple, la tontine de projet et la tontine de solidarité à blocs.

La tontine économique est quant à elle une association rotative d'épargne et de crédit dont l'accès au bénéfice de la tontine est onéreux. On y range le modèle à enchères libres et le modèle à prix fixe.

Relativement aux tontines de marché jumelées, deux tontines sont dites jumelées lorsqu'elles ont le même nombre de membres, pratiquement le même taux de cotisation

[1338] KALIEU (Y. R.), *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, Thèse précitée, p. 237.
[1339] NZEMEN (M.), *Tontines et développement ou le défi financier de l'Afrique*, *op. cit*., pp. 40 et s.

et forment un seul groupe de membres au niveau de la demande de tontine. Il y a autant de marchés principaux qu'il y a de tontines en jumelage. Cette catégorie de tontine a pour avantage de diminuer les risques de défaillance auxquels s'exposent les prêteurs individuels.

2. Les prêteurs individuels

680. Les prêteurs individuels sont des personnes qui octroient du crédit à un taux d'intérêt généralement élevé par rapport à celui pratiqué par les banques et les autres institutions financières[1340]. C'est d'ailleurs en vertu de ce taux d'intérêt qu'on les qualifie d'«*usuriers* »[1341]. Toute personne ayant une capacité financière élevée peut se jeter dans une telle activité afin de fructifier son capital. Seulement, afin de se prémunir contre les risques pouvant survenir, il conviendrait d'observer le taux réglementaire afin de ne pas subir les conséquences découlant de l'usure[1342]. L'activité est donc admise toutes les fois que le pratiquant respecte la réglementation afférente aux prêts octroyés par les institutions de financement formel. Une telle exigence s'applique également aux

[1340] Il s'agit ici du crédit stricto sensu c'est-à-dire que les prêteurs individuels ne font généralement que du crédit et rien d'autre.

[1341] Dans la catégorie des prêteurs individuels, on range les prêts d'amis ou de parents, les « *usuriers* » et les prêts sur gage. Les prêts d'amis ou de parents relèvent fondamentalement de la solidarité africaine et s'assimilent pour cela aux tontines. De plus, s'il est vrai que les « usuriers » et les prêteurs sur gage se distinguent à bien d'égards, il n'en demeure pas moins que la tendance actuelle consiste à caractériser c'est derniers comme les « *usuriers* », tant il est vrai que même les « *usuriers* » exigent de nos jours des garanties qui sont généralement des biens meubles corporels. C'est fort de cela que nous ne faisons allusion qu'aux usuriers dans nos développements. Lire à cet effet, KALIEU (Y. R.), *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, Thèse précitée, pp. 237 -242.

[1342] Le législateur camerounais condamne l'usure dans l'article 325 du code pénal. Aux termes de cet article, « *est puni d'une amende de 5 000 à 1 000 000 F (CFA) le prêteur qui exige ou reçoit des intérêts ou autres rétributions supérieures au taux fixé par la loi pour des prêts de même nature. En cas de récidive, la peine est un emprisonnement de quinze jours à un an et l'amende est doublée (...)* ». Il ressort de l'article 3 de la loi n° 2004/015 du 21 avril 2004 fixant le taux d'intérêt légal en matière d'exécution des décisions de justice et le taux d'intérêt conventionnel que ce taux ne peut excéder celui fixé par l'autorité monétaire, majoré d'un point. En zone CEMAC, l'article 3 du Règlement n° 02/ CEMAC/ UMAC/ CM du 02 octobre 2012 portant définition et répression de l'usure dans les États de la CEMAC qualifie de prêt usuraire, tout prêt d'argent consenti à un taux effectif global qui excède supérieur à 33%. Ce taux effectif global est librement débattu entre l'emprunteur et le prêteur sous réserve de respecter le plafond fixé conformément à l'article 3 (article 7 du Règlement n° 02). Aux termes de l'article 4 du Règlement n° 01/ CEMAC/ UMAC/ CM du 02 octobre 2012 portant diverses dispositions relatives au taux effectif global et à la publication des conditions de banque, le taux effectif global d'un prêt est un taux annuel, proportionnel au taux de la période calculée en terme échu. Ce taux est de 15% en zone UEMOA. Sur le plan communautaire, le Règlement CEMAC n° 02 précité sanctionne l'usure par un emprisonnement de un à 6 mois et une amende forfaitaire de 3 000 000 de francs CFA (article 9, alinéa 1). En cas de récidive, la peine d'emprisonnement est de 6 mois à 1 an et l'amende forfaitaire est doublée (article 9, alinéa 2). Cette sanction de l'usure participe de la protection de l'ordre public économique et financier. Mais l'existence de la réglementation n'empêche pas que les « *usuriers* » évoluent presque en toute impunité car ceux qui recourent à leurs services ne savent pas toujours que la réglementation existe.

systèmes financiers informels liés à l'épargne qui doivent s'y soumettre sous peine de sanctions.

3. Les systèmes financiers informels liés à l'épargne

681. Ce sont des systèmes financiers chargés de collecter les fonds auprès de la population moyennant une commission prélevée en fonction du montant épargné. L'épargne ici est journalière et l'épargnant est en droit de réclamer les fonds déposés à tout moment. Ce sont donc les « *banquiers ambulants* » qui réclament généralement un taux de garde afin que l'argent soit gardé en sécurité. On peut ici parler de créances et de dettes. En effet, la créance du client augmente au fur et à mesure qu'il dépose son épargne chez le « *banquier ambulant* », qui lui, à l'inverse voit sa dette augmentée d'autant. La créance des clients et la dette du collecteur sont la contrepartie l'une de l'autre : elles progressent à chaque versement et diminuent lors du remboursement. Les caractéristiques de ces créances et de ces dettes sont les suivantes : elles s'accompagnent, contrairement à celles des tontines, d'un intérêt. Mais cet intérêt est un intérêt négatif puisque c'est le client qui le paye afin que son argent soit en sécurité. En général, il est de 3%. De plus, il n'y a pas toujours d'intermédiation car le collecteur ne doit en principe prêter aux uns que ce qu'il a reçu des autres. Enfin, la dette du collecteur et la créance de ses clients progressent parallèlement jusqu'au remboursement. Ici également, l'accumulation est temporaire, mais elle est régulière car les versements s'échelonnent selon un échéancier prévu d'avance.

Qu'il s'agisse des tontines, des prêteurs individuels ou des systèmes financiers informels liés à l'épargne, leur rôle dans le financement des entreprises en difficultés est non négligeable. Ce rôle est d'ailleurs ce qui nous fait suggérer l'officialisation des circuits financiers informels mais davantage des tontines.

C. L'officialisation souhaitée des tontines

682. Le rôle non négligeable joué de plus en plus par les tontines dans nos pays commande leur prise en compte dans le processus de financement (1). Certes en temps normal toute tontine édicte des règles internes pour son fonctionnement afin d'éviter les débiteurs indélicats, mais la mise en place des mécanismes de protection plus appropriés

(2) permettra aux magistrats de prendre en considération et d'apprécier les cas des litiges qui leur seront soumis.

1. L'intégration des tontines dans le processus de financement

683. La transformation du secteur informel de la tontine dans le sens de sa modernisation apparaît nécessaire non seulement pour la valorisation des efforts financiers consentis par ses membres, mais aussi pour permettre une meilleure orientation de ses ressources vers des secteurs productifs ou prioritaires de l'économie nationale[1343].

Les tontines doivent être intégrées dans les prévisions et la planification de la production, de la consommation, de l'épargne et des investissements de la nation. En tant qu'agrégat, la tontine agit sur les variables macro-économiques. De la sorte, l'épargne réalisée dans les tontines permet à certains membres d'investir ou d'augmenter par cette occasion la formation brute du capital fixe de la nation[1344]. Les investissements collectifs, les routes rurales, les petits ponts etc. sont très souvent construits grâce aux financements dégagés des tontines. Elles interviennent alors dans la macro-économie et pourraient à cet effet, constituer un secteur institutionnel de l'économie.

Cette reconnaissance juridique des tontines s'avère également nécessaire pour leur protection, car la discipline interne qu'elles se donnent n'est pas suffisante pour garantir les apports des uns et des autres contre des partenaires indélicats. La loi devrait, grâce à cette officialisation des tontines, prévoir un mécanisme approprié de protection plus efficace.

2. La mise en place des mécanismes appropriés de protection des tontines

684. Les tontines ou mieux ses membres doivent être protégés au même titre que les institutions financières du moment où elles jouent sensiblement le même rôle. En

[1343] Le secteur informel est certes quasiment méconnu du législateur OHADA, mais on n'hésite pas à appliquer le droit des affaires OHADA au commerçant personne physique de ce secteur. Sur la question, lire KANCHOP (T. N.), *Le secteur informel à l'épreuve du droit des affaires OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2008.

[1344] La formalisation de l'informel est le défi majeur des juristes africains compte tenu de son impact économique sur les États de l'Afrique. Elle peut être définie comme le processus par lequel le droit essaie de créer un cadre juridique favorable à l'expression d'acteurs économiques évoluant hors de la réglementation pour leur intégration dans celle-ci. Les États africains ont expérimenté la formalisation de l'informel dans le cadre de l'UEMOA et de l'OHADA. En effet, aussi bien la création des systèmes financiers décentralisés par l'UEMOA que du statut de l'entreprenant par l'OHADA participent du même objectif de la création d'un cadre juridique formel assez incitatif pour les acteurs du secteur informel. BOYE (M.), La formalisation de l'informel : des systèmes financiers décentralisés à l'entreprenant, *op. cit*., p. 60.

effet, les tontines participent au développement non seulement comme instrument de collecte de l'épargne, mais également comme canal de distribution du crédit à ses membres. Elles jouent donc le double rôle que jouent les intermédiaires financiers -banques-, à la fois collecteurs d'épargne et distributeurs de crédits pour le financement de l'économie. Une protection aussi fiable que celle accordée aux banques doit leur être réservée. Les gouvernements devront d'abord sécuriser les membres des tontines par un encouragement et une protection de ce système. Ce sera là un moyen de mieux protéger une institution informelle en renforçant l'autre protection interne qui existe dans toute tontine. Dans ce contexte, la tontine sera à même de mieux jouer son rôle dans le développement économique à des échelles variées, et ceci avec plus de continuité dans la mesure où les ruptures des « *tours de tontine* » survenant après certains litiges seront plus amenuisées.

Outre les financements extra-bancaires accessibles, l'entreprise en difficultés peut recourir aux autres circuits extra-bancaires qualifiés d'incertains et de sélectifs.

SECTION 2. LES FINANCEMENTS EXTRABANCAIRES INCERTAINS ET SÉLECTIFS

685. Au-delà des financements extra-bancaires accessibles, l'entreprise en difficultés peut rechercher les dispositifs qui les complètent ou s'y substituent. Elle peut à ce titre recourir à certains financements qualifiés d'incertains et de sélectifs. Ce sont les sources de financement qui regroupent l'ouverture du capital social (§1) et l'emprunt obligataire (§2).

§1. L'ouverture du capital social aux tiers : un financement incertain

686. L'ouverture du capital social aux tiers est une technique de financement susceptible de concourir au sauvetage d'une entreprise en difficultés. Elle est en principe une opération assez simple de restructuration financière, représentant une augmentation de fonds propres, en contrepartie d'apports en nature ou en numéraire, par apport

d'argent frais ou par compensation[1345]. Seulement, elle s'avère incertaine compte tenu de la situation même de cette dernière. En effet, les tiers seront de plus en plus réticents à apporter des fonds ou des biens afin d'acquérir la qualité d'associé d'une entreprise en difficultés.

L'ouverture du capital social aux tiers n'est rien d'autre que l'augmentation du capital social par apports extérieurs à la société. Elle peut se faire avec[1346] ou sans émission de valeurs mobilières. Elle revêt deux formes sur lesquelles il conviendrait de s'appesantir (A) avant d'énumérer les droits de l'apporteur (B).

A. Les hypothèses d'ouverture du capital social aux tiers.

687. L'augmentation du capital par apports extérieurs revêt deux formes : l'augmentation du capital par apport en numéraire (1) et l'augmentation du capital par apport en nature (2).

1. L'augmentation du capital par apport en numéraire

688. Rappelons que l'augmentation du capital par apport en numéraire est l'hypothèse la plus intéressante pour l'entreprise en difficultés qui a besoin d'argent frais pour redynamiser son activité. Elle est d'ailleurs couramment utilisée en matière de financement. Elle présente un intérêt stratégique pour le financement de l'entreprise, car elle assure son autonomie financière et augmente le fonds roulement par les apports en trésorerie. De plus, elle améliore sa capacité d'endettement à terme et renforce sa crédibilité vis-à-vis des tiers. C'est également l'hypothèse qui pose le plus de problèmes. C'est la raison pour laquelle afin de sauvegarder le droit des anciens actionnaires, le législateur impose aux nouveaux une prime d'émission en même temps qu'il reconnaît aux anciens un droit préférentiel de souscription d'actions émises.

Le droit préférentiel de souscription s'entend du droit dont dispose les actionnaires proportionnellement au montant de leurs actions d'acquérir de nouvelles actions émises

[1345] VIDAL (D.), *Droit des sociétés, op. cit.*, pp. 498-499.

[1346] Aux termes de l'article 822 de l'AUSCGIE, « *les sociétés par actions peuvent émettre les valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créance* ». Les fonds peuvent donc provenir des valeurs mobilières et contribuer par voie de conséquence à la réalisation d'une augmentation de capital. Les modalités d'une telle augmentation sont prévues à l'article 832 de l'AUSCGIE.

dans le cadre de l'augmentation du capital. Ce droit est irréductible et d'ordre public en ce sens que toute clause contraire est réputée non écrite. Les anciens actionnaires peuvent également souscrire des actions nouvelles lorsque, par suite de renonciation, de négligence ou pour tout autre motif, la souscription nouvelle n'a pas été épuisée par l'exercice des droits irréductibles. Mais il faut pour cela une décision expresse de l'assemblée générale[1347].

689. Les actionnaires ont en effet la possibilité de renoncer à leur droit préférentiel de souscription au profit des personnes dénommées ou sans indication de bénéficiaire. Plus rarement, leur droit préférentiel de souscription peut être supprimé soit pour la totalité de l'augmentation, soit pour une ou plusieurs tranches de cette augmentation de capital. Il s'agit toutefois d'une décision grave qui ne peut être prise que par l'assemblée générale qui décide ou autorise l'augmentation.

Sous le régime antérieur, le délai accordé aux associés pour exercer leur droit préférentiel de souscription ne pouvait être inférieur à quinze jours[1348]. L'Acte uniforme le porte à vingt jours. Ce délai court à compter de la date de l'ouverture de la souscription[1349]. Ce délai peut même être clos par anticipation dès que tous les droits de souscription à titre irréductible et, le cas échéant, à titre réductible ont été exercés, ou que l'augmentation de capital a été intégralement souscrite après renonciation à leur droit de souscription, par les actionnaires qui n'ont pas souscrit[1350].

Les nouveaux actionnaires appelés à participer à l'augmentation du capital doivent payer, le cas échéant, en plus de la valeur nominale de l'action, une prime d'émission. Celle-ci s'entend d'un droit d'entrée à payer par les nouveaux actionnaires. Elle est destinée à compenser la différence entre la valeur nominale et la valeur vénale des anciennes actions. C'est en effet en fonction de cette valeur que doit être fixé le montant de nouvelles actions afin que les nouveaux ne profitent sans bourse délier des réserves et autres bénéfices qui auraient été accumulés entre-temps par la société[1351].

[1347] ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op.cit.*, p.487.

[1348] Cf. article 1er, alinéa 2 du décret loi du 8 août 1935.

[1349] Article 577 de l'AUSCGIE.

[1350] Article 578 de l'AUSCGIE.

[1351] ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op.cit.*, p.487

Le fait de la coexistence du droit préférentiel de souscription des anciens actionnaires et l'exigence de nouveaux actionnaires d'une prime d'émission a été critiqué[1352]. Il n'en a pas moins été maintenu par le législateur OHADA. La prime d'émission doit même être payée en totalité lors de la souscription alors que la valeur nominale des actions peut seulement être acquittée du quart, le reste devant intervenir dans un délai de trois ans.

690. Pour une souscription du capital en numéraire, les formalités à accomplir sont presque identiques à celles de la constitution de la société. Il s'agit notamment de l'établissement du bulletin de souscription, le dépôt des fonds et la déclaration notariée de souscription et de versement, le retrait des fonds ainsi que la modification de statuts.

En effet, six jours au moins avant la date d'ouverture de la souscription les actionnaires sont informés de l'émission d'actions nouvelles et de ses modalités par un avis porté à leur connaissance par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Suivent l'établissement des bulletins de souscription, la libération des fonds, l'établissement de la déclaration notariée de souscription et de versement puis le retrait des fonds. Il faut ici signaler que le retrait des fonds a lieu, non pas après l'inscription modificative du capital social au registre du commerce et di crédit mobilier, mais plutôt après la déclaration notariée de souscription et de versement.

Comme en matière de constitution de société, tout souscripteur a le droit, six mois après le versement de fonds, de demander en référé au président de la juridiction compétente la nomination d'un mandataire chargé de retirer les fonds pour les restituer aux souscripteurs, sous la déduction de ses frais de répartition si, à cette date, l'augmentation du capital n'est pas réalisée. Il s'agit en effet de lutter contre la thésaurisation et la malhonnêteté. Ces dangers sont en principe exclus lorsque l'augmentation du capital se fait par apports en nature[1353].

[1352] GUYON (Y.), Droit des affaires Tome 1 : Droit commercial général et sociétés, *op. cit.*, p.449.
[1353] ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (M.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op.cit.*, p.488.

2. L'augmentation du capital par apport en nature

691. Comme précédemment mentionné, l'augmentation du capital par apport en nature peut contribuer au sauvetage d'une entreprise en difficultés lorsque l'apport est effectué en pleine propriété. L'apport en pleine propriété se réalise par le transfert à la société de la propriété du bien apporté et par sa mise à la disposition effective de la société. Il y a donc transfert de la propriété de la chose, de l'apporteur à la société.

Avec cette modalité d'augmentation de capital, la société ne cherche pas en principe à augmenter ses capacités de financement. Elle veut surtout faire entrer dans le patrimoine social tel immeuble, tel brevet ou fonds de commerce. Elle peut toutefois se servir de l'opération pour accroître ses fonds propres.

L'opération d'augmentation de capital par apport en nature présente quelques spécificités. Les souscripteurs de l'augmentation de capital étant en général déjà connus, il n'existe pas au profit d'anciens actionnaires de droit préférentiel de souscription. Aussi, l'opération peut être réalisée même si le capital ancien n'a pas été entièrement libéré. Il en découle également que les actions attribuées en contrepartie des apports effectués à la société sont intégralement libérées dès leur émission. En revanche, le droit d'entrée de nouveaux actionnaires dans la société sera représenté par une prime d'apport qui viendra s'ajouter à la valeur nominale des anciennes actions, lorsque la société aura constitué des réserves.

L'opération suppose pour sa régularité la conclusion du contrat d'apport, l'intervention du commissaire aux apports et la délibération de l'assemblée générale extraordinaire tel que précédemment mentionné.

Lorsqu'elle est régulière, l'augmentation de capital par apport en nature peut dans certaines hypothèses concourir au sauvetage des entreprises en difficultés au même titre que l'augmentation du capital par souscription en numéraire. C'est sans doute fort de cela que le législateur OHADA accorde une meilleure protection à tout apporteur.

B. La protection de l'apporteur

692. Lorsqu'une personne effectue un apport en capital, elle recevra en contrepartie des titres représentatifs du capital de la société concernée. À ces titres, sont attachés des

droits qu'il conviendrait d'énumérer (1) avant de voir les sanctions prévues en cas de violation de ces droits (2).

1. Les droits de l'apporteur

693. En rémunération de son apport, l'apporteur reçoit des titres sociaux qui lui confèrent un certain nombre de droits[1354]proportionnels au montant de cet apport. On peut opérer une classification de ces droits en distinguant les droits politiques des droits financiers et des droits patrimoniaux[1355].

Selon COZIAN et VIANDIER, « *l'associé est le citoyen de la cité qu'est la société, d'où ses prérogatives politiques*»[1356]. Cette assertion exprime les droits politiques dont jouit l'associé au sein de la société. Il s'agit d'ailleurs des prérogatives visant à associer l'associé à la vie de la société. Elles sont constituées essentiellement des droits extra-pécuniaires. On peut en énumérer quatre : le droit de faire partie de la société[1357], le droit à l'information[1358], le droit de participation[1359] et de vote aux assemblées et le droit préférentiel de souscription[1360].

Relativement aux droits patrimoniaux, il convient de rappeler que les titres sociaux sont des droits incorporels de nature mobilière qui peuvent être transmis ou nantis.

[1354] MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SCELLERS (D.) et THOUVENOT (S.), *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, 2006, p. 74.

[1355] ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (M.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op.cit*., p.462.

[1356] COZIAN (M.) et VIANDIER (A.), *Droit des affaires, T.1, droit commercial général et sociétés*, 7e éd., Paris, Economica, 1992, p. 144.

[1357] Il n'est énoncé nulle part de manière formelle. Il participe pourtant de l'essence même de la qualité d'associé. En effet, en tant qu'associé, ce dernier ne peut pas être expulsé de la société par les dirigeants ou par une décision de l'assemblée générale. Dans certains cas cependant, l'associé peut se retrouver exclu de la société soit de son propre fait - lorsqu'il a par exemple commis une faute en ne délibérant pas les actions souscrites -, soit d'un fait étranger à sa volonté - c'est le cas lorsque la société réduit son capital en diminuant le nombre d'actions. Il peut donc se voir exclu de la société au cas où il ne possède pas un nombre minimum d'actions anciennes à même de le faire acquérir une action nouvelle.

[1358] Ce droit peut s'exercer soit de manière permanente, soit de manière occasionnelle. De manière permanente, l'associé à la possibilité de prendre connaissance et copie au siège des documents sociaux. De manière occasionnelle, il peut avoir accès à certaines informations.

[1359] Le droit de participer aux assemblées est un droit fondamental pour l'associé. Il n'en saurait en être privé sans être éjecté de la société. Il s'agit d'une prérogative d'ordre public qui implique la nullité des clauses statutaires qui le restreindraient de quelque manière que ce soit.

[1360] Il s'agit du droit reconnu à l'associé, en cas d'augmentation du capital de la société, d'acquérir de nouvelles actions proportionnellement au montant de son apport initial.

L'apporteur jouit donc du droit de transmission[1361] des titres et du droit de nantissement[1362] des titres.

Pour ce qui est des droits financiers, il s'agit d'un ensemble de droits qui procurent à l'apporteur une satisfaction pécuniaire. La souscription à l'augmentation de capital confère en effet à l'apporteur le droit aux dividendes, le droit aux réserves et, le cas échéant, le droit au boni de liquidation[1363].

Plusieurs droits sont donc reconnus au tiers souscripteur de l'augmentation de capital. Toutefois, leur effectivité suppose qu'ils soient assortis des sanctions.

2. Les sanctions à la violation des droits de l'apporteur

694. Dans l'optique d'assurer une meilleure protection du tiers apporteur, le législateur OHADA a mis sur pied des sanctions aussi bien civiles que pénales.

Comme sanctions civiles, il ressort de l'article 54 de l'AUSCGIE que les droits et obligations de chaque associé sont proportionnels au montant de ses apports qu'ils soient faits lors de la constitution de la société ou au cours de la vie sociale. L'alinéa 2 du même texte mentionne pour sa part que sont réputées non écrites les stipulations attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, ainsi que celles excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes. De plus, l'article 54, alinéa 2 de l'AUSCGIE sanctionne toute clause léonine, qu'elle soit contenue dans les statuts ou dans un acte séparé, qu'elle soit temporaire ou sans durée définie. Ces clauses sont réputées non écrites, c'est-à-dire qu'elles sont nulles et ne produisent aucun effet.

Toujours sur le plan civil, outre la nullité, la responsabilité civile des dirigeants sociaux peut être recherchée. Cette responsabilité peut être individuelle ou solidaire.

[1361] L'Acte uniforme proclame le principe de la libre transmissibilité des titres sociaux (articles 759 et s. de l'AUSCGIE). Il s'agit de toute opération par la quelle les titres sont transférés du propriétaire initial à une autre personne. La transmission peut avoir lieu à cause de mort -succession- ou entre vifs.

[1362] Le nantissement en droit commercial est un contrat par lequel, un débiteur consent à donner une chose mobilière pour la garantie de sa dette tout en conservant la possession. C'est donc une forme de gage sans dépossession. Il ressort de l'article 140 de l'AUS que les droits d'associés et valeurs mobilières des sociétés commerciales peuvent faire l'objet d'un nantissement conventionnel ou judiciaire. Les titres sociaux étant des valeurs mobilières, ils sont susceptibles d'être donnés en gage. L'associé peut ainsi tirer crédit de ses titres. Il est toutefois tenu d'informer la société.

[1363] ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (M.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op.cit.*, p. 468.

Lorsque les dirigeants sociaux ont violé d'un commun accord les dispositions statutaires, législatives ou règlementaires, leur responsabilité solidaire est retenue[1364].

Les articles 740 et s. de l'AUSCGIE précisent le régime de responsabilité civile des administrateurs. Parmi les faits générateurs d'une telle responsabilité figurent les violations des dispositions législatives, réglementaires et statutaires. Cette violation pouvant revêtir plusieurs formes, il peut notamment s'agir d'un obstacle au droit de vote de l'associé, au droit au dividende, au droit aux bénéfices mis en réserve et au droit au boni de liquidation.

L'action en responsabilité individuelle se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé de sa révélation. Mais lorsqu'elle est fondée sur un fait qualifié de crime, elle se prescrit par dix ans. De plus, une telle responsabilité ne sera mise en œuvre que si les conditions de la responsabilité civile telles que mentionnés ci-dessus sont réunies.

695. Sur le plan pénal, plusieurs sanctions protectrices des droits du tiers apporteur sont envisageables. C'est ainsi que le législateur incrimine les comportements anti-statutaires et législatives tout en laissant à la discrétion des États membres le choix des peines.

Comme précédemment évoqué, le droit au dividende distribuable ou non distribuable est pénalement sanctionné. Aux termes de l'article 889 de l'AUSCGIE, encourent une sanction pénale, les dirigeants sociaux qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaire frauduleux, auront, sciemment opéré entre les actionnaires ou les associés la répartition de dividendes fictifs. Une telle distribution serait préjudiciable aux associés et même à la société. L'infraction ne sera toutefois consommée que lorsque les éléments matériel et moral seront réunis. En effet, il faut un inventaire fictif ou frauduleux, une répartition de dividendes fictifs et une mauvaise foi[1365]. Mais en réalité, l'inventaire ne constitue qu'une condition préalable de l'infraction.

[1364] NGOUE (W.J.), La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en doit OHADA, *op.cit*., p. 184.

[1365] Cette mauvaise foi consiste dans la connaissance par l'auteur, tant du caractère fictif des dividendes que de l'inexactitude de l'inventaire ou du bilan ou des conditions dans lesquelles la distribution des dividendes a été décidée. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence (Cass.crim., 25 juin 1927, *Gaz Pal*, 1927, 2, 726) a décidé que la mauvaise foi de l'administrateur doit se situer à la date de la confection du bilan et que l'irrégularité de celui-ci n'apparaît que plus tard. Il ne saurait se prévaloir de sa bonne foi au moment de la confection si, sachant par la suite le caractère fictif des dividendes, il met effectivement en distribution les dividendes votés. Lire dans ce sens

Le droit au boni de liquidation est également protégé sur le plan pénal. La liquidation consiste en un ensemble d'opérations visant, après règlement du passif sur les éléments de l'actif, à convertir ces éléments en argent, en vue de les partager éventuellement entre les associés.

696. Rappelons que le rôle du liquidateur dans la réalisation de ces opérations est indéniable. C'est ainsi qu'en vue de protéger les intérêts des associés et même des tiers, le législateur a minutieusement réglementé ses actes, tant en ce qui concerne sa nomination que l'exercice de sa mission. Le législateur OHADA a organisé la mission du liquidateur tout en interdisant la soustraction de l'actif de la société. Cette intervention du législateur s'observe à travers l'exigence et la prohibition de certains actes ; la violation de tels actes donnant lieu à des infractions d'omission ou de commission. Dès lors, encourt une sanction, le liquidateur qui ne convoque pas les associés, en fin de liquidation, pour statuer sur le compte définitif, sur le quitus de sa gestion et la décharge de son mandat et pour constater la clôture de la liquidation[1366]. Il en est de même du liquidateur qui, en cas de liquidation intervenue sur décision judiciaire, n'aura pas respecté les exigences de l'article 903 de l'AUSCGIE[1367].

Bien que ces sanctions soient prévues en vue, entre autres, d'inciter les tiers à s'investir dans les opérations de souscriptions de capital, le tiers qui n'entend pas acquérir la qualité d'associé d'une entreprise en difficultés peut concourir au sauvetage de cette dernière en souscrivant plutôt à un emprunt obligataire lancé à cet effet.

ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op.cit*., p. 286.

[1366] Article 902 de l'AUSCGIE.

[1367] Il s'agit de liquidateur qui, sciemment :

N'aura pas, dans les six mois de sa nomination, présenté un rapport sur la situation active et passive de la société en liquidation et sur la poursuite des opérations de liquidation, ni sollicité les autorisations nécessaires pour les terminer ; n'aura pas, dans les trois mois de la clôture de chaque exercice, établi les états financiers de synthèse au vu de l'inventaire et un rapport écrit dans lequel il rend compte des opérations de la liquidation au cours de l'exercice écoulé ; n'aura pas permis aux associés d'exercer leur droit de communication, ni convoqué ces derniers pour leur rendre compte des états financiers de synthèse en cas de continuation de l'exploitation sociale ; n'aura pas déposé à un compte ouvert dans une banque au nom de la société en liquidation, les sommes affectées aux répartitions entre les associés et les créanciers ; n'aura pas déposé, sur un compte de consignation les sommes attribuées à des créanciers ou à des associés et non réclamées par eux.

§2. L'emprunt obligataire : un financement sélectif

697. Avec l'émergence des marchés financiers [1368]en zone OHADA, l'appel public à l'épargne, qui constitue une technique de financement des entreprises et autres entités y ayant recours est appelé à jouer un rôle sans cesse croissant dans le financement des entreprises et de l'économie[1369].

Faire appel public à l'épargne consiste en effet, pour un émetteur, à placer dans le public des valeurs mobilières et à recevoir, en contrepartie, des liquidités nécessaires à ses investissements[1370]. L'entreprise en difficultés qui dispose des valeurs mobilières peut donc recourir au marché financier[1371]afin de surmonter ses difficultés[1372]. Mais que faut-il entendre par valeurs mobilières ? On désigne par valeurs mobilières des titres négociables qui représentent des droits identiques par catégories, acquis par ceux qui ont apporté à la société des espèces ou des biens nécessaires à son financement[1373]. Entre

[1368] Au Cameroun, les marchés financiers sont régis par la Loi nº 99/015 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier. Les marchés financiers permettent aux entreprises de se financer, d'investir, en mettant directement en contact l'offre et la demande de capital. Ils constituent ailleurs un moyen efficace de financement. À travers cette opération, les entreprises qui entrent en bourse ont accès à des ressources financières supplémentaires. La bourse permet ainsi aux entreprises de grandir et donc de dévelpper des projets qu'un individu seul n'aurait pu financer. C'est dumoins ce qui ressort de l'Echos de SOCAPALM, Le Dossier Spéciale entrée en bourse de SOCAPALM, p. 6. La bourse est un marché qui facilite la rencontre entre les investisseurs qui souhaitent acheter les titres des États, des collectivités locales et des entreprises et des investisseurs qui souhaitent qui souhaitent vendre des titres. Elle ne gère ni l'argent, ni les porte-feuilles de titres des investisseurs. Elle n'est donc pas une banque. Son rôle principal est de mettre en place les règles d'échange entre les investisseurs. C'est donc une institution neutre. C'est le cas de la Douala Stock Exchange (DSX) et de la bourse des valeurs mobilières de l'Afrique centrale (BVMAC). Comme entreprises côtées en bourse au Cameroun, l'on peut faire mention de la SOCAPALM, de la SAFACAM et de la SEMC.

[1369] LOUKAKOU (D.), *L'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales, aspects de droit des marchés financiers*, in *Revue d'Etude et de Recherche sur le Droit et l'Administration dans les pays d'Afrique*, juin 2012, p. 2.

[1370] C'est à travers l'appel public à l'épargne que se dessine le fonctionnement du marché financier au Cameroun. Sur la question, lire GATSI (J.), Le marché financier au Cameroun, Juridis Périodique, nº 42, avril-juin 2000, pp. 22 et s. et KALIEU (Y.) et KEUFFI (D.E.), L'émergence des marchés financiers dans l'espace OHADA, Afrilex, n° 4, http//www. afrilex.u-bordeaux4. fr, pp. 39-55.

[1371] Rappelons que le financement auprès des marchés financiers peut se réaliser par l'émission des valeurs mobilières qui donnent droit au capital ou à des titres de créances (article 822 AUSCGIE). Dans le premier cas il s'agit d'une augmentation de capital (article 832 de l'AUSCGIE pour les modalités) telle qu'évoquée précédemment, dans le second il s'agit d'un emprunt obligataire.

[1372] Le marché financier est le marché des capitaux demandés et offerts ou échangés sous forme de souscription ou de négociation des valeurs mobilières. Il s'agit de l'appel public à l'épargne par introduction des titres en bourse. SUNKAM KAMDEM (A.), *La transparence des opérations bancaires et financières dans la CEMAC*, Thèse de Doctorat, Université de Douala, 2012, p. 8.

[1373] GUYON (Y.), *Droit des affaires, Tome2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire-faillite, op.cit*., p.251.

autres valeurs mobilières[1374] nous avons les actions[1375], les obligations [1376] et les parts de fondateurs[1377]. Mais seules les obligations feront l'objet des développements subséquents.

698. Aux termes de l'article 779 de l'AUSCGIE « *les obligations sont des titres négociables qui, dans une même émission, confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale* ». Au sens de la loi camerounaise n° 2014/007 du 23 avril 2014 portant modalités de dématérialisation des valeurs mobilières, l'obligation est un titre de créance représentant une partie d'un emprunt émis par une personne morale de droit public ou privé. De façon générale, il s'agit de titres qui constatent une créance à long terme sur la société résultant d'un emprunt lancé par celle-ci auprès des épargnants[1378]. Le porteur de l'obligation, désigné obligataire est donc créancier[1379] de la

[1374] Aux termes de l'article 3, 2ème alinéa du décret n° 2014/3763/PM du 17 novembre 2014 fixant les conditions d'application de la la loi n° 2014/007 du 23 avril 2014 portant modalités de dématérialisation des valeurs mobilières au Cameroun, sont assimilés à des valeurs mobilières les titres d'empunts publics négociables sur les marchés réglementés émis par l'État, les collectivités territoriales décentralisées ou tout autre établissement public, les parts ou actions des organismes de placements collectifs en valeurs mobilières, les autres instruments financiers émis par l'État, les collectivités territoriales décentralisées ou tout autre établissement public, et négociables sur des marchés organisés.

[1375] L'action est un titre représentant une part d'associé. C'est la contrepartie de l'apport en numéraire ou en nature réalisé par l'associé. VIDAL (D.), *Droit des sociétés, op. cit.*,p. 539. Aux termes de l'article 2 de la loi camerounaise n° 2014/007 du 23 avril 2014 portant modalités de dématérialisation des valeurs mobilières, l'action est un « *titre de capital émis par une personne morale de droit privé ou de droit public, conférant à son détenteur la propriété d'une partie du capital de la société émettrice* ».

[1376]Il existe divers types d'obligations. Le législateur OHADA est resté assez classique en se focalisant sur les obligations de type pur. Or, la pratique connaît de plus en plus des obligations qui cherchent à réaliser un compromis entre les obligations et les actions. Il s'agit notamment des obligations convertibles en actions, des obligations échangeables en actions et des obligations à bon de souscription d'actions. L'obligation de type pur est l'obligation sous sa forme classique. C'est un titre de créance qui donne droit à un intérêt fixe et au remboursement du seul capital versé. Rentrent également dans la catégorie d'obligations de type classique les obligations à lots, les obligations à prime et les obligations indexées. Les obligations sont dites à lots lorsque certaines d'entre elles, désignées par voie de tirage au sort, seront remboursées avec des lots plus ou moins importants. De telles obligations sont interdites par le législateur OHADA (article 782 de l'AUSCGIE). Les obligations sont dites à prime, lorsque la société s'engage à verser à tous les obligataires une somme supérieure à celle qu'ils ont versée. Les obligations indexées sont quant à elles les obligations affectées d'une clause d'indexation. Cette dernière s'entend d'une clause qui tend à faire varier le montant de l'obligation en fonction d'un élément objectif de référence nommé indice. Ces obligations n'ont pas fait l'objet d'une affirmation de validité ni d'une réglementation particulière. On leur applique les règles de droit commun. Il en résulte que l'on ne peut choisir comme indices que des indices se rapportant à l'objet du contrat ou à l'activité des parties. S'agissant d'un contrat dont l'objet est un prêt d'argent, il ne reste que l'activité des parties. Et dans un emprunt obligataire, on voit mal comment on retiendrait l'activité des prêteurs par hypothèse très diverse. Seule l'activité de la société pourra finalement fournir l'élément d'indexation. ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op. cit.* p. 475.

[1377] Ce sont des titres négociables qui donnent droit à une part des bénéfices, sans représenter un capital. Elles sont attribuées à des personnes qui ont rendu ou rendent des services à la société. Elles sont un moyen de rémunérer l'apport en industrie qui ne peut pas l'être par des actions.

[1378] NGOM (M.), « Titres et valeurs mobilières », in POUGOUE (P.-G.) (dir.), Encyclopédie du droit OHADA, *op.cit*., p.2099 ; DIDIER (P.), *Droit commercial T. 3 Le marché financier Les groupes de sociétés*, Paris, PUF, 1993, p. 81 ; MERLE (P.), *Droit commercial, sociétés commerciales, op. cit.*, p.382. ; VIDAL (D.), *Droit des sociétés, op. cit*, p. 547.

société à la différence de l'actionnaire qui lui a acheté un ensemble de droits attachés à l'action[1380].

Les obligations jouent actuellement un rôle considérable dans le financement de l'économie. C'est à juste titre que nous arguons de leur aptitude à sauver une exploitation qui connait des difficultés de trésorerie.

L'emprunt obligataire[1381] peut donc concourir au redressement d'une entreprise en difficultés financière[1382]. Son succès s'explique par les avantages que peut présenter l'obligation aussi bien pour la société émettrice que pour l'épargnant. La société qui a besoin d'argent peut se procurer, grâce à l'emprunt, des sommes très importantes sans avoir à subir de trop graves inconvénients[1383].Quant à l'obligataire, il va recevoir chaque année un intérêt alors que s'il était actionnaire, il ne serait pas assuré de toucher un dividende annuel[1384].

699. Toutefois, s'il est vrai que l'emprunt obligataire est une technique de financement des entreprises, il n'en demeure pas moins qu'il est peu accessible aux petites et moyennes entreprises en raison de leur taille réduite. De plus, dans sa logique de prise en compte de l'émergence des marchés obligataires dans sa zone, le législateur OHADA a mis en place les conditions permettant aux émetteurs sollicitant le marché d'optimiser leur financement. Il a ainsi entendu encadrer l'émission de l'emprunt obligataire (A). Un tel encadrement s'avère nécessaire afin de protéger les droits des obligataires (B) dont les contributions sont d'une importance indéniable pour les entreprises (C).

[1379] Mais l'obligataire se distingue d'un créancier ordinaire du moment où sa créance n'a pas un caractère individuel ; elle n'est que la fraction d'un même emprunt. On dit que les obligations sont des coupures d'une émission globale. Ce qui participe de l'importance de l'emprunt car l'emprunt obligataire représente une grosse créance. Certains emprunts obligataires sont même supérieurs au capital apporté par les actionnaires.

[1380] Il a pour cela droit au paiement de l'intérêt stipulé et au remboursement du capital. VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, *op. cit,* p. 547.

[1381] L'emprunt obligatoire est un instrument financier émis par une personne morale (État, collectivité publique, entreprise publique ou privée) qui reçoit en prêt une certaine somme d'argent de la part des souscripteurs. Un emprunt obligatoire est donc un titre de créance c'est-à-dire qu'il représente une dette remboursable à une date et pour un montant fixé à l'avance, et qui rapporte un intérêt.

[1382] La technique intervient ici en marge de l'opération d'augmentation de capital. Mais elle peut concourir à la réalisation de l'opération dans l'hypothèse d'une augmentation de capital par appel public à l'épargne. De même, l'émission d'obligations convertibles en actions s'analyse pour la société en une augmentation éventuelle de capital, puisque dans toute la mesure où les obligataires opteront pour la conversion, il y aura finalement augmentation de capital. C'est pourquoi l'émission est subordonnée à un accord de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires. ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique, op. cit.*, p. 476.

[1383] MERLE (P.), *Droit commercial Sociétés commerciales*, *op.cit.*, p.382.

[1384] JAFFEUX (C.), *Bourse et financement des entreprises*, Précis Dalloz, 1994, p. 152.

A. L'émission de l'emprunt obligataire

700. Pour qu'une société puisse émettre des emprunts obligataires, des conditions assez strictes[1385] sont posées par le législateur OHADA[1386]. Ces conditions sont tantôt de fond (1) tantôt de forme (2).

1. Les conditions de fond

701. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA, en ses articles 780 à 782, prévoit un certain nombre de conditions pour l'émission d'obligations.

La première est relative aux entités pouvant émettre des obligations. À la lecture de l'article 780 AUSCGIE, il apparaît que seules les sociétés anonymes et les groupements d'intérêt économique sont autorisés à émettre des obligations. Pour ces derniers, l'article 875 AUSCGIE précise que, pour émettre des obligations, le groupement d'intérêt économique doit lui-même être composé exclusivement de sociétés autorisées à émettre des obligations en l'occurrence la société anonyme[1387]. Il n'y a là rien de bien surprenant. La société anonyme constitue le modèle par excellence de la société par actions. Elle est en effet traditionnellement constituée en vue de drainer un maximum de capitaux et regrouper les nombreux apporteurs de fonds.

La deuxième porte sur les conditions que doit remplir la société anonyme pour pouvoir émettre des obligations. Elle doit en effet avoir deux années d'existence au moins et avoir établi deux bilans régulièrement approuvés par les actionnaires[1388]. Elle doit également avoir un capital entièrement libéré, car l'émission d'obligations est interdite aux sociétés dont le capital n'est pas entièrement libéré[1389]. Cette exigence consiste à obliger les actionnaires de la société à exécuter leurs engagements et donc à verser les sommes promises à celle-ci avant de lui permettre d'emprunter.

[1385] Toute émission faite en contravention des règles prescrites est nulle (article 783, alinéa 2 de l'AUSCGIE).

[1386] Outre les conditions exigées par le législateur OHADA, il ressort de l'article 3 de l'instruction générale n° 002/CMF/04 relative à la note d'information exigée des émetteurs faisant appel public à l'épargne au Cameroun, que tout émetteur qui envisage faire appel public à l'épargne est tenu de soumettre au visa de la Commission des Marchés Financiers, un document d'information ou prospectus destiné à l'information du public.

[1387] NGOM (M.), « Titres et valeurs mobilières », *préc*., pp.2099 et s.

[1388] Article 780 du nouvel AUSCGIE.

[1389] Article 781 du nouvel AUSCGIE.

La dernière condition est négative et porte sur une interdiction. Il ressort en effet de l'article 782 de l'AUSCGIE que la création d'obligations dites à lots est interdite. L'obligation à lots constitue un moyen de contourner le principe du normalisme monétaire voulant que la société ne rembourse à ses obligataires que la valeur nominale des titres. En effet, avec ce type d'emprunt certains obligataires tirés au sort bénéficient d'une somme complémentaire plus ou moins importante.

L'emprunt obligataire est également soumis à certaines conditions dites de forme que l'émetteur doit absolument observer dans l'émission de l'obligation.

2. Les conditions de forme

702. Les conditions de forme sont fixées par les articles 783 et s. de l'AUSCGIE. Elles sont relatives aux exigences procédurales et aux modalités de l'émission.

En ce qui concerne les exigences procédurales quant à la décision ou l'autorisation d'émission d'obligations, il ressort de l'article 783 de l'AUSCGIE que l'assemblée générale des actionnaires a seule qualité pour décider ou autoriser l'émission d'obligations. Il ne faut en effet pas perdre de vue que seule l'assemblée générale extraordinaire peut décider d'une modification des statuts. Toutefois, afin de permettre une décision rapide, l'assemblée générale peut déléguer au conseil d'administration ou à l'administrateur général selon le cas, les pouvoirs nécessaires pour procéder à l'émission d'obligations en une ou plusieurs fois dans le délai de deux ans.

Relativement aux modalités de l'émission, il convient de signaler que celle-ci peut être privée lorsque la société cherche elle-même des souscripteurs[1390], ou publique au cas où la souscription se fait par le biais d'intermédiaires financiers tels que les banques, les établissements financiers ou les sociétés de bourse. Dans ce dernier cas, l'émission se fait par appel public à l'épargne[1391]. Si l'émission d'obligations se fait par appel public à l'épargne dans un ou plusieurs États parties, la société émettrice doit accomplir dans ces États parties, avant l'ouverture de la souscription et préalablement à toutes autres mesures de publicité, les formalités précisées dans les articles 842 à 844 de l'AUSCGIE. Ainsi, la

[1390] MERLE (P.), *Droit commercial Sociétés commerciales*, *op.cit.*, p.385.
[1391] On distingue donc l'emprunt obligataire privé et l'emprunt obligataire par appel public à l'épargne.

société publie dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales[1392], une notice contenant certaines indications et annexes. Une telle publicité s'avère d'ailleurs importante afin de protéger les droits des obligataires.

B. Les droits de l'obligataire

703. L'obligataire à la différence de l'actionnaire est un créancier de la société[1393]. Mais, au même titre que ce dernier, il jouit de certains droits aussi bien collectifs qu'individuels[1394]. Ceux-ci sont soit pécuniaires (1), soit extra pécuniaires (2).

1. Les droits pécuniaires de l'obligataire

704. Les droits pécuniaires de l'obligataire sont constitués des droits financiers (a), des droits patrimoniaux (b), mais aussi des garanties prises lors de la souscription (c).

a. Les droits financiers de l'obligataire

705. Le souscripteur d'un emprunt obligataire a non seulement droit au paiement des intérêts mais aussi à la restitution du capital qu'il a prêté à la société émettrice des obligations. Il doit même être payé en priorité et à l'échéance du fait d'avoir apporté son concours à une entreprise en difficultés. De même, au cas où le redressement de l'entreprise échoue, il bénéficie du privilège d'«*argent frais* » et doit être payé en premier lieu conformément aux articles 166 et 167 du nouvel AUPCAP.

Le paiement des intérêts est le premier droit pécuniaire de l'obligataire. Le taux de l'intérêt est établi au moment de l'émission de l'emprunt. Il est fonction de l'état du marché financier et doit être identique pour toutes les obligations faisant partie d'un même emprunt, en application du principe de l'unité des droits des obligataires d'une même émission[1395]. Cette position est, en effet visible à travers la définition de l'obligation donnée par l'article 779 de l'AUSCGIE telle que mentionnée ci-dessus. À

[1392] Conformément au décret n° 2013/234 du 18 juillet 2013 portant réglementation des annonces légales et judiciaires.
[1393] MERLE (P.), *Droit commercial Sociétés commerciales*, *op.cit*., p.387 ; NGOMO (A.-F.), *Guide pratique du droit des sociétés commerciales au Cameroun De la constitution à la dissolution : ce qu'il faut savoir*, préface du Professeur Paul-Gérard POUGOUE, 1ère éd., PUA, septembre 1996, p. 213.
[1394] NGOM (M.), « Titres et valeurs mobiliers », *préc*., p. 2100.
[1395] MERLE (P.), *Droit commercial Sociétés commerciales*, *op.cit*., p. 388.

cette disposition, s'ajoute l'interdiction d'un traitement inégal prévu par l'article 808 de l'AUSCGIE aux termes duquel « *les assemblées ne peuvent ni accroître les charges des obligataires, ni établir un traitement inégal entre les obligations d'une même émission* ». Il peut être fixe ou varier en fonction d'un des éléments de l'activité de l'entreprise[1396]. Généralement, le taux d'intérêt est fixe. Déterminé au moment de l'émission, le montant de l'intérêt annuel reste sans changement jusqu'au remboursement de l'emprunt. Mais, un intérêt variable peut également être offert.

Le paiement de l'intérêt est fait au siège social ou plus généralement par les banques désignées à cet effet par la société. Les obligations remboursées n'ont plus droit à l'intérêt. Si cependant par erreur, la société a continué à payer les intérêts, elle ne peut pas réclamer ces sommes lorsque ces obligations sont présentées au remboursement. Toute clause contraire est réputée non écrite.

706. Relativement à la restitution du capital, les conditions de remboursement de l'emprunt doivent être précisées dans le contrat d'émission. En principe, le remboursement du montant nominal se fait en une seule fois au terme convenu. À défaut de stipulations particulières du contrat d'émission, la société ne peut imposer aux obligataires le remboursement anticipé des obligations[1397]. En revanche, le remboursement anticipé est possible si le contrat d'émission l'autorise ou si l'assemblée générale des obligataires accepte de modifier les modalités d'amortissement de l'emprunt. De plus, en cas de dissolution anticipée de la société, non provoquée par une fusion ou une scission, le remboursement des obligations devient aussitôt exigible[1398]. Se rapproche du remboursement anticipé de l'emprunt, l'opération de defeasance par laquelle l'émetteur d'un emprunt obligataire extrait la dette de son bilan sans la rembourser directement.

Pour le remboursement du capital, les sociétés peuvent aussi procéder par voie d'amortissement annuel. Elles désintéressent chaque année un certain nombre d'obligataires de la totalité des droits attachés à leurs titres. Le remboursement peut dans ce cas être effectué de deux manières : chaque année, la société rembourse un nombre égal de titres. La charge est très lourde au début pour l'émetteur, mais elle va en

[1396] LEFEBVRE (F.), *Mémentos pratique, sociétés commerciales, op. cit.,* p. 788.
[1397] Article 814 de l'AUSCGIE.
[1398] Article 811 de l'AUSCGIE.

s'amenuisant, en raison de la diminution progressive du poids des intérêts. La société peut également procéder par annuités constantes. Elle consacre alors la même somme chaque année au service de l'emprunt -amortissement des intérêts dus-. En ce cas, le nombre de titres à rembourser augmente d'année en année puisque la charge des intérêts diminue. Le tableau d'amortissement fait l'objet d'une publicité.

b. Les droits patrimoniaux de l'obligataire

707. L'obligataire peut céder ses titres de la même manière qu'un actionnaire. Mais contrairement à ce dernier, l'obligataire bénéficie en la matière d'une liberté presqu'absolue. En effet, le régime des agréments tel qu'on le rencontre dans certaines cessions d'actions n'a en réalité aucune raison d'être imposé en matière d'obligation. De plus, malgré l'interdiction faite à l'assemblée des obligataires de convertir des obligations en actions, il est possible de prévoir dès l'emprunt la transformation ultérieure des obligations en actions selon certaines conditions[1399]. Et ce sont ces obligations convertibles qui sont prises en compte par le droit pénal OHADA[1400], à l'exclusion des obligations échangeables[1401].

c. Les garanties accordées aux obligataires

708. Le paiement des intérêts et le remboursement du capital sont susceptibles d'être garantis par une sûreté réelle ou personnelle. En effet, l'assemblée générale des actionnaires qui décide une émission d'obligation peut décider que ces obligations seront assorties de sûretés[1402]. Ces sûretés dont les formalités de publicité doivent être accomplies avant toute souscription des obligations, sont constituées dans un acte spécial pour le compte du groupement des obligataires en formation[1403].

[1399] ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op. cit.*, p. 293.

[1400] Sur le droit pénal OHADA, lire SOCKENG (R.), *Droit pénal des affaires OHADA*, Collection Le bord, 1ère Edition, Presses de l'imprimerie Minsi Le Competing, mars 2007 ; KOM KAMSU (M.), *Le droit pénal des sociétés commerciales dans l'Acte uniforme OHADA,* Mémoire de DEA, Université de Dschang, février 1999 ; FOMCHIBOU MBANCHOUT (J.-J.), « De quelques réflexions sur la « *codification* » pénale communautaire du « *législateur* » de l'OHADA », in GATSI (J.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, *op. cit.*, pp. 63-77.

[1401] ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique, op. cit.*, p. 293.

[1402] Article 815 de l'AUSCGIE.

[1403] Article 816 de l'AUSCGIE.

La souscription aux obligations emporte acceptation des garanties. Elle rétroagit à la date d'inscription pour les sûretés soumises à inscription et à la date de leur souscription pour les autres sûretés[1404].

Le renouvellement des sûretés est effectué aux frais de la société[1405]. Il appartient par contre aux représentants du groupement de donner mainlevée des inscriptions, à la condition que l'emprunt ait été intégralement remboursé et tous les intérêts payés. Ils doivent, en outre, y être autorisés par l'assemblée générale des obligataires du groupement[1406].

Les garanties constituées postérieurement à l'émission des obligations doivent être acceptées expressément par le groupement[1407].

En complément de ces droits pécuniaires reconnus à l'obligataire, les droits extra-pécuniaires lui sont accordés.

2. Les droits extra pécuniaires de l'obligataire

709. Il s'agit notamment du regroupement automatique des obligataires dans une masse (a) et des droits politiques (b).

a. Le regroupement automatique dans une masse

710. Les obligataires qui ont souscrit au même emprunt ont des intérêts communs qu'ils tiennent de cette même origine[1408]. Cette communauté d'intérêts a donné au législateur OHADA l'idée d'établir des groupements leur permettant d'agir collectivement auprès de la société émettrice afin d'assurer le respect de leurs droits[1409]. C'est ainsi que l'article 785 de l'AUSCGIE déclare réunis de plein droit les obligataires d'une même émission en une masse dotée de la personnalité juridique[1410]. Il ressort en

[1404]Article 817 de l'AUSCGIE.
[1405] Article 819, alinéa 1 de l'AUSCGIE.
[1406] Article 820 de l'AUSCGIE.
[1407] Article 821, alinéa 2 de l'AUSCGIE.
[1408] ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, *op. cit.*, p.394.
[1409] L'organisation des obligataires en une masse s'affirme par la réunion de l'assemblée générale de celle-ci, dont les décisions prises à la majorité s'imposent à tous les obligataires de cette même masse. VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 545.
[1410] L'attribution de la personnalité juridique à la masse est d'autant plus remarquable qu'elle n'a pas de patrimoine propre : ses frais de fonctionnement sont à la charge de la société émettrice. Mais cette attribution de la personnalité

effet de cet article qu'en cas d'émissions successives d'obligations, la société peut, lorsqu'une clause de chaque contrat d'émission le prévoit, réunir en un groupement unique les porteurs d'obligations ayant des droits identiques. Il en découle la possibilité de l'existence d'une pluralité de masses au sein d'une même société, au moins autant de masses qu'il y a d'emprunts obligataires[1411]. Mais les risques de confusion que cela pourrait entraîner ont conduit le législateur des sociétés commerciales à envisager la possibilité de les regrouper.

Il est de l'intérêt de la société émettrice, autant que de celui des prêteurs que les obligataires soient réunis dans une structure juridique organisée. Les porteurs d'obligations d'une même émission sont groupés de plein en une masse droit pour la défense de leurs intérêts communs.

711. Pour l'entreprise, le regroupement des obligataires est également utile, puisqu'il peut permettre de faire accepter la révision du contrat d'émission dès lors que celle-ci est votée par la majorité.

Parce que dotée de la personnalité juridique, la masse élit un organe comportant un ou trois mandataires au maximum, chargé de la représenter[1412], élus par le biais de l'assemblée générale des obligataires. Ce mandataire peut être une personne physique ou morale. Dans ce dernier cas, la personne morale désigne une personne physique habilitée à agir en son nom. En cas d'urgence, ce représentant peut être désigné par la juridiction compétente à la demande de tout intéressé[1413]. Il ne peut être élu [1414] et révoqué de ses fonctions[1415] que par l'assemblée générale des obligataires. Il a le pouvoir d'accomplir au nom de la masse tous les actes de gestion pour la défense des intérêts communs des

juridique s'imposait en vue de lui permettre d'agir en justice et d'être représentée. MERLE (P.), Droit commercial Société, *op.cit*., p. 394.

[1411] Dans ce cas et par souci de protection des obligataires, les masses ne peuvent en aucun cas délibérer au sein d'une assemblée commune. VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, *op. cit*., p. 545.

[1412] Pour représenter la masse des obligataires, certaines personnes sont de plein droit disqualifiées. L'article 787 de l'AUSCGIE vise notamment la société débitrice, les sociétés ayant une participation dans la société débitrice, les sociétés garanties de tout ou partie des engagements de la société débitrice, les dirigeants sociaux, les administrateurs ainsi que leurs ascendants, descendants ou conjoints, les employés ou le commissaire aux comptes de al société débitrice ou d'une société ayant une participation à son capital et les personnes auxquelles l'exercice de la profession de banquier est interdite ou qui sont déchues du droit de diriger, administrer ou gérer une société à un titre quelconque.

[1413] Article 788 de l'AUSCGIE.

[1414] Article 786 de l'AUSCGIE.

[1415]Article 789 de l'AUSCGIE.

obligataires, sauf restriction décidée par l'assemblée générale des obligataires[1416]. Il s'agit essentiellement d'actes conservatoires -inscription d'hypothèque, nantissement, privilège, renouvellement de ces inscriptions, etc. -. Le pouvoir le plus important reste cependant celui d'agir en justice. En particulier, les représentants de la masse, dûment autorisés par l'assemblée générale des obligataires, ont seuls qualité pour engager les actions en nullité de la société ou des actes et délibérations postérieures à sa constitution, ainsi que toutes actions ayant pour objet la défense des intérêts communs des obligataires[1417].

Outre la restriction dégagée de l'article 790 AUSCGIE, l'article 791 du même texte interdit au représentant de la masse de s'immiscer dans la gestion de la société même si, pour lui faciliter l'exercice de ses fonctions, il lui est permis de participer aux assemblées des actionnaires sans voix délibérative.

b. Les droits politiques « *embryonnaires* » de l'obligataire

712. À la différence de l'actionnaire, l'obligataire n'a pas de véritables droits politiques lui permettant de discuter la qualité de la gestion de la société. Il ressort en effet de l'article 813 de l'AUSCGIE que les obligataires ne peuvent exercer de contrôle individuel sur les opérations de la société ou obtenir communication des documents sociaux. Il reste toutefois important de souligner que l'obligataire en tant que créancier et faisant partie de la masse des obligataires, bénéficie d'un embryon de droits politiques. Il s'agit notamment du droit de vote à l'assemblée générale des obligataires et du droit à l'information.

Aux termes de l'article 805 de l'AUSCGIE, le droit de vote attaché aux obligations est proportionnel à la quotité du montant de l'emprunt qu'elles représentent. Chaque obligation donne droit à une voix au moins. Ce droit de vote s'exerce au cours des assemblés générales d'obligataires qui peuvent se tenir à toute époque[1418] sur convocation des représentants des obligataires, du conseil d'administration, de l'administrateur général ou du liquidateur en période de liquidation[1419]. L'assemblée générale des

[1416]Article 790 de l'AUSCGIE.
[1417] VIDAL (D.), *Droit des sociétés, op. cit.*, p. 548.
[1418] Article 795 de l'AUSCGIE.
[1419] Article 796 de l'AUSCGIE.

obligataires peut également se réunir à la diligence des obligataires minoritaires, à la condition qu'ils réunissent au moins le trentième des titres d'une masse. La convocation des assemblées générales des obligataires se fait dans les mêmes conditions de forme et délai que celles prévues pour les assemblées d'actionnaires. Outre les mentions prévues pour les assemblées d'actionnaires, la convocation de l'assemblée générale des obligataires doit contenir certaines mentions. Il s'agit de l'indication de l'emprunt souscrit par les obligataires dont la masse est convoquée, les noms, prénoms et domicile de la personne ayant pris l'initiative de la convocation et la qualité en laquelle elle agit et, le cas échéant, la date de la décision de justice désignant le mandataire chargé de convoquer l'assemblée. Pour la société anonyme faisant appel public à l'épargne, l'avis de convocation doit comporter les indications prévues à l'article 845 de l'AUSCGIE et doit être publié dans les journaux habilités à recevoir les annonces légales.

713. Pour ce qui est du droit à l'information, à toute époque, chaque obligataire a le droit de se faire communiquer les documents mis à la disposition des actionnaires. L'article 813, alinéa 2 de l'AUSCGIE dispose à cet effet que les obligataires ont le droit, à leurs frais, d'obtenir auprès de la société, copie des procès-verbaux et des feuilles de présence des assemblées d'obligataires du groupement dont ils font partie.

Certes, l'emprunt obligataire confère des droits au souscripteur, mais ne perdons pas de vue que la responsabilité de ce dernier peut émaner d'un tel financement. En effet, le souscripteur qui apporte son concours à une entreprise en difficultés irrémédiablement compromise permet la survie artificielle de cette dernière. Il doit donc répondre du préjudice subi par les tiers et résultant de ce fait. Seulement, si une telle responsabilité est de nature sauvegarder les intérêts des tiers, il reste qu'elle ne saurait concourir au sauvetage des entreprises en difficultés du moment où les personnes désireuses de souscrire à un emprunt obligataire lancé dans l'optique de sauver une exploitation, seront réticentes à s'y investir. De plus, même si elle se trouve davantage justifiée dans l'hypothèse d'un emprunt obligataire privé, la responsabilité du souscripteur ne saurait relever d'un emprunt obligataire faisant appel public à l'épargne au regard de la publicité exigée dans la réalisation de l'emprunt et qui est de nature à l'exonérer. Il s'agit là d'une mesure incitative intéressante pour l'entreprise qui, à travers un tel financement peut surmonter ses difficultés.

C. L'importance de l'emprunt obligataire pour l'entreprise en difficultés

714. L'emprunt obligataire peut être d'un apport non négligeable dans le redressement d'une entreprise en difficultés. Outre les avantages qu'elle confère à tout émetteur (1), la technique peut permettre au débiteur de sauver son exploitation (2).

1. Les avantages de l'emprunt obligataire pour l'entreprise en difficultés émettrice

715. L'emprunt obligataire a l'avantage de permettre à l'entreprise en difficultés qui a besoin d'argent de se procurer des sommes très importantes sans avoir à subir de trop graves inconvénients. L'obligataire n'étant qu'un créancier, il n'y a pas à redouter un bouleversement dans la composition des assemblées d'actionnaires ce que pourrait provoquer une augmentation de capital. Aussi, l'emprunt peut être moins onéreux qu'un prêt bancaire et l'indépendance de l'entreprise est plus facile à préserver face à de multiples obligataires, même regroupés en une masse, plutôt que face à créancier unique, prêteur professionnel, le banquier. Enfin, si l'entreprise bénéficiaire doit payer un intérêt à ses obligataires, celui-ci, à la différence des dividendes des actions, est fiscalement déductible des bénéfices sociaux imposables.

Tous ces avantages ajoutés au savoir-faire des organes de la procédure du redressement auront pour effet de contribuer au sauvetage de l'exploitation.

2. Le sauvetage de l'entreprise en difficultés

716. L'emprunt obligataire peut efficacement concourir au sauvetage d'une société anonyme en difficultés. La durée du prêt ainsi que les avantages qui s'y dégagent participent de cette efficacité. En effet, l'emprunt obligataire s'étend généralement sur une période de 5 ans au moins. Il s'agit donc d'un prêt à moyen ou à long terme pertinent de ce fait dans le financement d'une entreprise en difficultés.

Les prêts à moyen et à long terme sont plus adaptés au financement des entreprises en difficultés, bien qu'ils soient difficilement consentis aux entreprises en général et en particulier à celles qui connaissent des difficultés. Avec de tels crédits, l'entreprise dispose du temps nécessaire au renflouement de sa trésorerie. Elle n'aura pendant la

durée du prêt qu'à payer les intérêts aux obligataires, le capital ne devant être remboursé qu'à l'échéance qui ne saurait en principe être anticipée.

L'entreprise en difficultés peut à travers un emprunt obligataire émis assurer sa restructuration financière tout en apurant son passif. Il s'agit donc d'une technique de financement des entreprises qui joue actuellement un rôle considérable dans le financement de l'économie au même titre que le financement bancaire.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

717. L'entreprise en difficultés peut, dans la quête de son redressement, recourir aux techniques de financement extrabancaires autres que les aides d'État. Seulement, parmi ces techniques certaines sont accessibles tandis que d'autres s'avèrent incertaines et sélectives.

Les financements extrabancaires auxquels les entreprises en difficultés doivent recourir parce que plus accessibles regroupent les financements formels constitués de microcrédit et du crédit fournisseur et les financements informels relevant des tontines, des prêteurs individuels et des systèmes financiers informels liés à l'épargne. Toutefois, ces financements qui semblent plus accessibles s'avèrent généralement insuffisants pour l'entreprise en difficultés qui a le plus souvent besoin d'importants fonds pour se redresser.

Contrairement aux financements accessibles, les financements qualifiés d'incertains et de sélectifs tels que l'ouverture du capital aux tiers et l'emprunt obligataire peuvent, lorsqu'ils sont octroyés, efficacement concourir au sauvetage d'une entreprise en difficultés. L'importance des fonds qui s'y dégagent ainsi que la durée du prêt pour certains sont de nature à permettre à l'entreprise d'assurer son redressement sans recourir aux autres techniques de financement des entreprises.

Toutefois, afin de permettre à ces différentes techniques de concourir efficacement au sauvetage des entreprises en difficultés, le législateur OHADA devra non seulement intégrer certains d'entre eux qualifiés de financements informels dans le processus de financement, mais aussi et surtout renforcer la protection de leurs différents pourvoyeurs.

CONCLUSION DU TITRE II

718. Les circuits extra bancaires de financement peuvent être d'un apport considérable dans le financement d'une entreprise en difficultés. Jadis considérés comme une alternative au financement bancaire, ils sont de nos jours privilégiés au regard des contraintes inhérentes à l'activité bancaire. Seulement, compte tenu des insuffisances qui en découlent et qui sont de nature à porter atteinte au redressement des entreprises en difficultés, le législateur OHADA et même celui de la CEMAC et de l'UEMOA gagneraient à parfaire ces techniques de financement si importantes afin de mieux les adapter à la situation réelle de l'entreprise. De la sorte, le but escompté qu'est le sauvetage des entreprises sera atteint.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

719. L'entreprise en difficultés dont les moyens internes ne permettent pas d'atteindre le redressement, peut recourir aux acteurs de financement externe afin de surmonter ses difficultés.

Les financements externes à savoir le financement bancaire et le financement extra-bancaire jouent un rôle considérable dans le financement de l'économie. Mais, lorsqu'il est sollicité par les entreprises en général et particulièrement par celles qui connaissent des difficultés, le financement bancaire reste limité pour des raisons surtout réglementaires. En tant que tel, il est difficilement de nature à concourir au sauvetage des entreprises en difficultés qui peuvent également solliciter des financements extra-bancaires afin de surmonter leurs difficultés.

CONCLUSION GÉNÉRALE

720. Le passage du droit de la faillite -qui permettait de condamner purement et simplement le commerçant- au droit des entreprises en difficultés a eu pour effet de conférer à ces dernières la possibilité d'être sauvées. C'est d'ailleurs dans cette logique que s'inscrit l'option du législateur OHADA lorsqu'il institue un privilège[1420] en faveur des personnes ayant apporté un concours financier aux entreprises en difficultés. Par ce privilège, le législateur entend permettre aux entreprises qui connaissent des difficultés surmontables de recourir à leurs partenaires afin d'obtenir des financements.

Financer une entreprise en difficultés dans l'optique de son redressement est une initiative louable et même à encourager car lorsqu'une entreprise est sauvée, tout le tissu socio-économique se trouve amélioré. Il s'agit cependant d'une opération très délicate qui nécessite de la part du pourvoyeur de fonds de la prudence et de la diligence afin de ne pas courir le risque de voir sa responsabilité retenue.

721. En militant en faveur du financement des entreprises en difficultés, le législateur OHADA gagnerait à assurer une meilleure protection des pourvoyeurs de fonds à ces dernières. Plusieurs mesures protectives des intérêts des créanciers postérieurs de l'entreprise en difficultés ont certes été adoptées, mais ces mesures restent insuffisantes et ne sauraient par voie de conséquence concourir à l'effectivité du financement. Il s'est évertué à préserver les intérêts des acteurs du financement externe (bien que ladite protection reste à renforcer), sans pour autant accorder la même protection aux acteurs du financement interne ; ce qui est de nature à paralyser la restructuration financière des entreprises au regard de l'efficacité du financement interne par rapport au financement externe.

Les finalités des procédures collectives à savoir le désintéressement des créanciers et surtout le sauvetage des entreprises encore viables ne seraient atteintes que si les différents partenaires financiers des entreprises ainsi que leurs membres s'y investissent véritablement. Pour cela, les textes doivent prévoir les règles qui soient de nature à favoriser le financement. Les partenaires financiers des entreprises doivent donc être suffisamment protégés afin que ceux qui désirent apporter leur concours aux entreprises

[1420] Articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP.

en difficultés le fassent sans la crainte d'un risque quelconque. Ceci est d'autant plus pertinent que leurs activités sont pour la plupart contrôlées. Le risque est un élément déterminant dans la décision d'octroi du financement. Pourtant, le risque ne devrait pas justifier le refus du financement par simple précaution, ou prudence. Le droit se doit donc d'intégrer davantage la prise du risque dans le financement des entreprises en difficultés. S'il permet de financer ces dernières, il se doit également de sécuriser les créanciers qui prennent le risque de les soutenir afin qu'ils apportent véritablement leurs concours ; afin qu'ils ne soient plus réticents à intervenir dans le renflouement financier des entreprises en difficultés. Le droit de prendre les risques en finançant une entreprise en difficultés doit s'accompagner du droit de ne pas s'inquiéter.

722. Il serait donc judicieux de prendre en compte non seulement le souci de sauvetage des entreprises en difficultés financières mais aussi et surtout la précaution majeure de leurs pourvoyeurs de fonds qui est la protection de leurs apports et la limitation de leur responsabilité. Un compromis doit donc être recherché entre les différents intérêts en présence tout en tenant compte des spécificités de chaque situation. Le législateur OHADA devra à cet effet non seulement encadrer toutes les techniques de financement susceptibles de concourir au sauvetage des entreprises en difficultés, mais également renforcer les droits des partenaires ayant financé l'entreprise postérieurement à ses difficultés tout en instituant en faveur de ces derniers un principe d'irresponsabilité dans l'octroi du crédit aux entreprises en difficultés. De la sorte le financement des entreprises en difficultés pourrait être effectif. Cet objectif ne sera cependant atteint que si l'entreprise financée s'est gardée de faire un mauvais usage des crédits à elle concédés. Les dirigeants de sociétés en crises financières doivent donc s'armer de toutes les connaissances nécessaires au redressement de leurs structures. De plus, s'il est tentant pour les membres et partenaires des entreprises de venir en aide aux entreprises en difficultés, ce soutien ne sert à rien si l'entreprise ne revoit pas ses pratiques fondamentales afin de dépasser ses problèmes.

I. BIBLIOGRAPHIE

A. OUVRAGES

- **AKUETE (P.S.) et YADO TOE (J.),** *OHADA Droit commercial général*, Coll. Droit uniforme africain, Juriscope, Bruylant, Bruxelles, 2002, 478 pages.
- **ALFANDARI (E.),** *Droit des affaires*, éd. Litec, 1993, 473 pages.
- **AMER YAHIA (A.),** *Le régime juridique des dividendes*, L'Harmattan, 2010, 450 pages.
- **ANOUKAHA (F.),** *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, collection droit uniforme, PUA, 1998, 164 pages.
- **ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.)**, *OHADA, sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique*, coll. Droit uniforme africain, Bruylant Bruxelles, 2002, 589 pages.
- **ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA-SAYEGH (J.), YANKHOBA NDIAYE (I.) et SAMB (M.)**, O*HADA, sûretés*, Coll. Droit uniforme africain, juriscope, Bruylant Bruxelles, 2002, 279 pages.
- **ANOUKAHA (F.), NGUEBOU TOUKAM (J.) et POUGOUE (P.-G.),** *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Coll. Droit uniforme, PUA, 1998, 630 pages.
- **AYNES (L.),** *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica, 1984, Préf. Ph. Malaurie, 283 pages.
- **BARRE (R.) et SCHAFFER (E.)** (dir.), *Droit des entreprises en difficulté*, Actes du congrès de l'Institut International de Droit d'Expression et d'Inspiration Française tenu à Bruxelles, 1991, 456 pages.
- **BEAUCHESNE (B.),** *La protection juridique des entreprises en Droit communautaire de la concurrence*, Nouvelles Éditions Fiduciaires, mars1993, 366 pages.
- **BENABENT (A.),** *Droit civil les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8e éd., Montchrestien, 2008, 699 pages.
- **BENABENT (A.),** *Droit civil Les obligations*, 11e éd., Montchrestien, juillet 2007, 713 pages.
- **BERGER (C.),** *L'offre de reprise d'une entreprise en procédure collective*, PUA-M, FDSP, 2001, 532 pages.
- **BERNET-ROLLANDE (L.),** *Principes et techniques bancaires*, 24e éd., DUNOD, Paris, 2006, 520 pages.

• **BIED CHARRETON (F.),** *Financement des entreprises*, 9e éd., Paris, F. Lefebvre, 1992, 880 pages.

• **BLACK YONDO (L.), BRIZOUA-BI (M.), FILLE LAMBIE (O.), LAISNEY (L.-J.) et MARCEAU-COTTE (A.),** *Le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, la reforme du droit des sûretés OHADA*, Lamy, juillet 2012, 406 pages.

• **BLAZY (R.) et COMBIER (J.),** *La défaillance d'entreprises Causes économiques Traitement judiciaire et impact financier*, Paris, Économica, 1997, 180 pages.

• B**OCOUILLON (J.-F.) et MARIAGE (M.)**, *Manuels et applications, Introduction au droit de l'entreprise,* 5e éd., DUNOD, 2004.

• **BONNARD (J.),** *Droit des entreprises en difficulté*, 3e éd., Hachette, 2006, 160 pages.

• **BONNEAU (T.),** *Droit bancaire*, 7 e éd., Paris, Éditions Montchrestien, 2007, 669 pages.

• **BOSSA (G.), GABIAM (P.) et NZOUABETH (D.),** *L'entreprise et le droit OHADA*, 2007, 251 pages.

• **BOUTHINON-DUMAS (V.),** *Le banquier face à l'entreprise en difficulté*, Revue Banque, éd. 2008, 321 pages.

• **CAGNOLI (P.),** *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, Paris, LGDJ, 2002, 481 pages.

• **CAS (G.), BOUT (R.) et PETIT (E.),** *Lamy Droit économique Concurrence Distribution Consommation*, éd. Lamy, novembre 1996, 2097 pages.

• **CATILLON (V.),** *Le droit dans les crises bancaires et financières systémiques*, L.G.D.J., juillet 2011, 418 pages.

• **CAYRON (J.),** *La location des biens meubles*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999, 294 pages.

• **CHAPUT (Y.),** *Droit de la prévention du règlement amiable des difficultés des entreprises*, Paris, PUF, 1986, 281 pages.

• **CHAPUT (Y.),** *Droit du redressement et de la liquidation judiciaires des entreprises*, Paris, PUF, 1987, 738 pages.

• **CHARTIER (Y.),** *Droit des affaires Entreprises en difficulté Prévention-redressement-liquidation*, Paris, PUF, 1989, 529 pages.

• **CHARTIER (Y.),** *Droit des affaires Sociétés commerciales, T. 2,* Coll. Thémis, 3e éd., PUF, 1992, 647 pages.

• **CHARVERIAT (A.) et MARTIN (S.),** *Défaillance d'entreprises Régime juridique des procédures collectives*, éd. Francis LEFEBVRE, 1994, 408 pages.

• **COLSON (J.-P.) et IDOUX (P.),** *Droit économique public*, 4e éd., LGDJ, 2008, 844 pages.

- **COMBIER (J.),** *La défaillance d'entreprises Causes économiques, traitement judiciaire et impact financier*, ECONOMICA (INSEE), 1997, 311 pages.
- **CORNU (G.),** *Vocabulaire juridique*, Association Henri capitant, PUF, 9e éd., 22 août 2011, 1093 pages.
- **COZIAN (M.) et VIANDIER (A.),** *Droit des affaires, T.1, droit commercial général et sociétés*, 7e éd., Paris, Economica, 1992.
- **COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.),** *Droit des sociétés*, 27e éd., LexisNexis, août 2014, 853 pages.
- **DAIGNE (J.F.),** *Dynamique du redressement d'entreprise*, 3e éd., Organisation Eds, Paris, 1984, 340 pages.
- **DAUNIZEAU (J.-M.),** *Les entreprises en difficulté*, Paris, éd. Banque, 1996, 250 pages.
- **DE JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.),** *Traité de droit commercial banques et bourses*, T.7, 3e éd, Paris, octobre 1991, 986 pages.
- **DE SERVIGNY (A.),** *Le risque de crédit : nouveaux enjeux bancaires,* 2e éd., Paris, DUNOD, 2003, 259 pages.
- **DE VAUPLANE (H.),** *Droit bancaire et financier*, Paris, Banque-Éditeur, 2001.
- **DECOCQ (G.), GERARD (Y.) et MOREL-MAROGER (J.),** *Droit bancaire*, 2e éd., RB Edition, 2014, 413 pages.
- **DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et BLARY-CLEMENT (E.),** *Droit commercial Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 9e éd., Montchrestien, juillet 2008, 518 pages.
- **DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)**, *Droit bancaire*, 3e éd., Dalloz, 1990, 158 pages.
- **DERRIDA (F.), GODE (P.) et SORTAIS (J-P.),** *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3e éd., 1991, 675 pages.
- **DESURVIRE (D.),** *Histoire de la banqueroute et faillite contemporaine*, éditions l'Harmattan, 1992, 208 pages.
- **DEWATRIPONT (M.) et TIROLE (J.),** *La réglementation prudentielle des banques Conférence Walras* – Pareto, Décembre 1992, Ecole des études commerciales Lausanne, éd. Payot Lausanne, Septembre 1993, 177 pages.
- **DIDIER (P.),** *Droit commercial T. 3 Le marché financier : Les groupes de sociétés*, Paris, PUF, 1993, 448 pages.
- **DIDIER (P.),** *Droit commercial, T. 4, L'entreprise en difficulté*, 2e éd., Paris, PUF, 1999, 489 pages.
- **DJADE (K.),** *L'économie informelle en Afrique subsaharienne*, L'harmattan, février 2011, 250 pages.

- **DOM (J.-P.)**, Contrats bancaires- formation, JCL Banque-Crédit-Bourse vol.1, Fasc. 130. 1998.
- **DRUFFIN-BRICCA (S.) et HENRY (L.-C.),** *Introduction générale au droit*, éd. Gualino, 2003, 241 pages.
- **DUPONT(P.),** *Le contrôle des banques et la direction du crédit en France*, Paris, DUNOD, 1952, 402 pages.
- **DUPOUY (C.),** *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, Paris, LGDJ, 1960, 247 pages.
- **DUTHEIL De La ROCHERE (J.),** *Droit communautaire matériel*, Hachette, 2001, 159 pages.
- **EBER (N.),** *Les relations à long terme banque entreprise*, Paris, Vuibert, 1999, 145 pages.
- **FAGES (B.),** *Le comportement du contractant*, Presses Universitaires d'AIX-MARSEILLE, 1997, 519 pages.
- **GALVADA (C.) et STOUFFLET (J.),** *Droit bancaire*, 7e éd., Litec, février 2008, 623 pages.
- **GARSAULT (P.),** *La banque : fonctionnement et stratégies*, 2e éd., Paris, Economica, 1997, 463 pages.
- **GATSI (J.),** *Droit des biens et des sûretés dans l'espace OHADA*, PUL, Douala, février 2012, 148 pages.
- **GATSI (J.),** *Manuel Droit des affaires, Droit commercial général, Droit des sociétés commerciales*, 1ère éd., PUL, Douala, janvier 2006, 208 pages.
- **GATSI (J.),** *Nouveau dictionnaire juridique*, 2e éd., PUL, Douala, Décembre 2003, 340 pages
- **GHESTIN (J.) et BILLIAU (M.),** *Traité de droit civil, les obligations, les effets du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1992, 1048 pages.
- **GOMEZ (J.R.),** *OHADA, Entreprise en difficulté. Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lecture du droit français*, Bajag-Meri, novembre 2003, 431 pages.
- **GUEVEL (D.),** *Droit du commerce et des affaires*, L.G.D.J., 2007, 294 pages.
- **GUIRAMAND (F.) et HERAUD (A.),** *Droit des sociétés corrigés du manuel*, DUNOD, 2003, 181 pages.
- **GUIRAMAND (F.) et HERAUD (A.),** *Droit des sociétés manuel et applications*, 8e éd., DUNOD, 2001, 632 pages.
- **GUYON (Y.),** *Droit des affaires, Tome2, Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire-faillite*, 9e éd., Économica, septembre 2003, 484 pages.
- **HAMEL (J.), LAGARDE (G.) et JAUFFRET (A.),** *Traité de droit commercial*, T 2, Dalloz, 1966.

• **JACQUEMONT (A.),** *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, Litec, 2007, 543 pages.

• **JACQUEMONT (A.),** *Procédures collectives*, Paris, Litec, 2002, 252 pages.

• **JAFFEUX (C.),** *Bourse et financement des entreprises*, Précis Dalloz, 1994, 404 pages.

• **JEANTIN (M.),** *Droit commercial Instruments de paiement et de crédit Entreprises en difficultés*, 4e éd. Dalloz, 1995, 631 pages.

• **JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.),** *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficulté*, 6e éd., Dalloz, Fév. 2003, 745 pages.

• **JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.),** *Droit commercial Entreprises en difficulté*, 7e éd., Dalloz, 2007, 874 pages

• **JOUFFIN (E.),** *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, Paris, L.G.D.J, juin 1998, 537 pages.

• **KALIEU ELONGO (Y.),** *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, collection Droit uniforme, PUA, Yaoundé, 2010, 236 pages.

• **KALIEU ELONGO (Y.),** *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, Collection VADEMECUM, PUA, Yaoundé, décembre 2006, 90 pages.

• **KASSE (M.),** *Intégration et partenariat en Afrique : de l'UEMOA au NEPAD. Plan OMEGA*, éd. Silex/Nouvelles du sud, Yaoundé, 2003, 254 pages.

• **KEPPENNE (J.-P.),** *Guide des aides d'État en droit communautaire ; réglementation, jurisprudence et pratique de la commission*, Bruylant Bruxelles, 1999, 693 pages.

• **KOM (J.),** *Droit des entreprises en difficulté OHADA prévention-traitements- sanctions*, PUA, octobre 2013, 287 pages.

• **KOUASSI (C.),** *Traité des faillites et liquidations judiciaires en Côte d'Ivoire*, Etudes juridiques et formulaires, éd. SOCOGEL, Abidjan, Collection Espace entreprise, 1987, 341 pages.

• **LACHIEZE (C.),** *Droit des contrats*, Ellipses, 2003, 176 pages.

• **LAUTIER (B.),** *L'économie informelle dans le tiers monde*, éd. La Découverte, Paris, 1994, 128 pages.

• **LE CANNU (P.),** *Droit commercial Instruments de paiement et de crédit Entreprises en difficulté*, Paris, Dalloz, 6e éd., 2003, 745 pages.

• **LE CORRE (P.-M.),** *Droit et pratique des procédures collectives*, Paris, Dalloz, 3e éd., 2006, 1859 pages.

• **LE CORRE (P.-M.),** *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, Tome 2, PU d'Aix-Marseille, 2000, 1226 pages.

• **LECLERC (F.),** *Droit des contrats spéciaux*, L.G.D.J., 2007, 508 pages.

- **LEFEBVRE (F.),** *Dirigeants des sociétés commerciales*, éd. F. LEFEBVRE, 2006-2007, 1200 pages.
- **LEFEBVRE (F.),** *Mémentos pratique, sociétés commerciales*, éd. F. LEFEBVRE, 2014, 1730 pages.
- **LEFEBVRE (F.),** *Relations entreprises banques*, éd. F. LEFEBVRE, 31 Mars 2003, 619 pages.
- **LEGEAIS, (D.),** *Sûretés et garanties du crédit*, L.G.D.J, Paris, 1996, 358 pages.
- **LEVI (A.), SAYAG (A.), GARBIT (P.), AZEMA (J.) et MARTIN (J.-F.),** *Lamy Droit Commercial*, éd. Lamy, 2000, 1762 pages.
- **LIENHARD (A.),** *Sauvegarde des entreprises en difficulté Le nouveau droit des procédures collectives*, Paris, édition Delmas, 2006, 467 pages.
- **LIKILLIMBA (G.-A.),** *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, 2e éd., Paris, Litec, 2001, 622 pages.
- **LOBEZ (F.),** *Finance, Banques et marché du crédit*, coll. Finance, PUF, Paris, mai 1997, 192 pages.
- **MALAURIE (P.) et AYNES (L.),** *Droit Civil, les obligations*, 8e éd., Cujas, août 1997, 824 pages.
- **MALAURIE (P.) et AYNES (L.),** *Les sûretés, la publicité foncière*, 4e éd., Defrénois Lextenso, 2009, 411 pages.
- **MALAURIE (P.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.),** *Droit civil, les contrats spéciaux*, 4e éd., Défrénois Lextenso, 2009, 713 pages.
- **MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SCELLERS (D.) et THOUVENOT (S.),** *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, LexisNexis/Litec, Coll. Finances Affaires, Paris, , juillet 2004, 344 pages.
- **MARTY (G.) et REYNAUD (P.),** *Droit civil, T 3, 1er Vol. Les sûretés. La publicité foncière,* Sirey, 1971.
- **MERLE (P),** *Droit commercial, sociétés commerciales*, 9e éd., Dalloz, Septembre 2003, 899 pages.
- **MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et BLANCHARD-SEBASTIEN (C.),** *Lamy sociétés commerciales SNC, SARL, SA, sociétés particulières, constitution et gestion, groupes restructuration valeurs mobilières responsabilité*, éd. Lamy, 2000, 2218 pages.
- **MINKOA SHE (A.),** *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, T. 2 : Les garanties réelles*, éditions Dianoïa, Paris, PUF, août 2010, 404 pages.
- **MINKOA SHE (A.),** *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, T. 1 : Les garanties personnelles*, éd. Dianoïa, Paris, PUF, juin 2010, 267 pages.

- **MODI KOKO (H. B.),** *Droit communautaire des affaires (OHADA-CEMAC) Tome 1 Droit commercial général et droit de la concurrence*, éditions Dianoïa, 1ère éd., Paris, 2008, 207 pages.
- **MONDINO (J.), et THOMAS (Y.),** *Le droit du crédit*, 5e éd., AENGDE/DUNOD, Paris, oct. 1994, 222 pages.
- **NGOMO (A.-F.),** *Guide pratique du droit des sociétés commerciales au Cameroun De la constitution à la dissolution : ce qu'il faut savoir*, 1ère éd., PUA, sept 1996, 318 pages.
- **NGUEBOU TOUKAM (J.),** *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA,* PUA, Yaoundé, 1998, 249 pages.
- **NJOYA NKAMGA (B.),** *L'administration provisoire des sociétés dans l'espace OHADA*, 1ère éd., Collection Economica, septembre 2012, 538 pages.
- **NYAMA (J.-M.),** *Droit bancaire en zone CEMAC*, nouvelle édition, presses de l'UCAC, Yaoundé-Cameroun, févier 2015, 432 pages.
- **NYAMA (J.-M.),** *Eléments du droit des affaires au Cameroun* – OHADA, collection « apprendre », Nouvelle éd., presse de l'UCAC, Yaoundé 2000, 266 pages.
- **NYAMA (J.-M.),** *OHADA droit des entreprises en difficultés*, CERFORD, édition 2004, 483 pages.
- **NZEMEN (M.),** *Tontines et développement ou le défi financier de l'Afrique*, PUC, 1993, 234 pages.
- **PEROCHON (F.),** E*ntreprises en difficultés, instruments de crédit et de paiement*, Paris, LDGJ, 1992, 503 pages.
- **PEROCHON (F.) et BONHOMME (R.),** *Entreprises en difficultés Instruments de crédit et de paiement,* 8e éd., Paris, LGDJ, 2009, 1036 pages.
- **PETEL (P.),** *Procédures collectives*, Paris, Dalloz, 5e éd., 2006, 235 pages
- **PEYRAMAURE (P.) et SARDET (P.),** *L'entreprise en difficulté Prévention Restructuration Redressement*, éd. Delmas, 2002, 294 pages.
- **PIEDELIEVRE (S.),** *Les sûretés*, Armand Colin, Paris, 1er décembre 1997, 288 pages.
- **PIETTE (G.),** *Droit des sûretés, sûretés personnelles, sûretés réelles*, 2e éd., Gualino, août 2007, 205 pages.
- **PIRONON (V.),** *Droit de la concurrence*, Gualino, Lextenso éd., 2009, 276 pages.
- **POUGOUÉ (P.- G.) (Dir),** *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Lamy, 2011, 2135 pages.
- **POUGOUÉ (P.-G.) et KALIEU (Y.),** *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, 1999, 232 pages.

• **RENAULT-BRAHINSKY (C.),** *Droit des obligations*, Mémento LMD, 4e éd., Gualino, Juillet 2006, 253 pages.

• **RIPERT (G.) et ROBLOT (R.),** *Traité élémentaire de droit commercial,* T 2, 9e éd., L.G.D.J., 1981.

• **RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (P.) et GERMAIN (M.),** *Traité de droit commercial*, T.2, 17e éd., L.G.D.J, 2004, 1323 pages.

• **RIVES-LANGE (J.-L.) et CONTAMINE-RAYNAUD (M.),** *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 6e édition, 1995,805 pages.

• **ROUSSEL GALLE (P.),** *Réformes du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26juillet 2005*, Paris, Litec, 2005, 364 pages.

• **ROUTIER (R.),** *La responsabilité du banquier*, L.G.D.J, 1997, 192 pages.

• **SAINT-ALARY-HOUIN (C.),** D*roit des entreprises en difficulté*, 5e éd., Montchrestien, déc. 2006, 823 pages.

• **SAMB (M.),** *Le droit de la microfinance dans l'espace OHADA*, fév. 2009, 90 pages.

• **SAWADOGO (F.M.),** *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2002, 444 pages.

• **SENECHAL (M.),** *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Paris, Litec, 2002, 959 pages.

• **SERIAUX (A.),** Droit des obligations, 2e éd., Coll. Droit Fondamental, février 2014, 320 pages.

• **SERVET (J.M.),** *Banquiers Aux pieds nus. La microfinance*, éditions Odile Jacob, 2006, 511 pages.

• **SIMONT (L.) et BRUYNEEL (B.),** *La responsabilité extracontractuelle du donneur de crédit en droit comparé*, Paris, éd. FEDUCI, 1984, 256 pages.

• **SOCKENG (R.),** *Droit pénal des affaires OHADA*, Collection Le bord, 1ère éd., Presses de l'imprimerie Minsi Le Competing, mars 2007, 242 pages.

• **SOINNE (B.),** *Traité des procédures collectives*, Paris, Lexis-Nexis/Litec, 2e éd., 1995, 2812 pages.

• **SOON-KOO MYOUNG**, *La rupture du contrat pour inexécution fautive en droit Coréen et Français*, LGDJ, 287 pages.

• **SORTAIS (J.-P.),** En*treprises en difficulté Les mécanismes d'alerte et de conciliation*, Revue banque, Coll. Droit-Fiscalité, 2007, 94 pages.

• **SOUWEINE (C.),** *Droit des entreprises en difficulté,* PUG, 2004, 295 pages.

• **TANGAKOU SOH (R.),** *Le système bancaire camerounais,* Coll. ROTAS, 2007, 406 pages.

• **TERRE (F.), LEQUETTE (Y.) et SIMLER (P.),** *Droit civil, les obligations*, 7e éd., Paris, Dalloz, 1999.

• **URBAIN-PARLEANI (I.),** *Les comptes courants d'associés*, Paris LGDJ, 1986, 425 pages.

• **VALLENS (J.-L.),** *Le droit européen de la faillite*, Receuil Dalloz Sirey, 1995.

• **VIDAL (D.),** *Droit des sociétés*, 6e éd., LGDJ, 2008, 763 pages.

• **VIDAL (J.),** *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, Dalloz 1957, Préface G. Marty, 482 pages.

• **VOINOT (D.),** *Droit économique des entreprises en difficulté*, Paris, L.G.D.J, 2007, 361 pages.

B. ARTICLES DE DOCTRINE

• **ADELINE (A.),** « Responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit : le droit anglais », *Banque*, n°573, sept. 1996, pp.60-61.

• **AGGREY (A.),** « Guide de la faillite », *Juris-Editions juridiques de côte d'ivoire,* 1989.

• **ALGADI (A. S.),** « Du redressement de l'entreprise par le changement de la forme sociale en droit OHADA », *PENANT*, n°886, janvier-mars 2014, pp. 135-143.

• **ALILI (S. M.),** « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », Ohadata D-06-38, pp. 1-20, http://www.ohada-rdc.cd/OHADA-RDC/4_Ouvrages_et_articles/56_Procedures_collectives/Doctrine%20OHADATA%20D-06-38.pdf

• **ANOUKAHA (F.),** « L'émergence du nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les États africains membres de l'OHADA », *Afrique Juridique et Politique*, Vol. 1, n° 1, janvier-juin 2002, pp. 62-85.

• **ANOUKAHA (A.) et OLINGA (A.-D.)**, « L'obligation », *Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard* POUGOUÉ, L'Harmattan, Cameroun, 2015, pp. 835-856.

• **ARBELLOT (F.),** « La notion de « réserves de crédit » en droit des entreprises en difficulté », *La Semaine Juridique éd. Entreprise et Affaires*, n° 6, 9 février 2012, pp. 23-31.

• **ARCELIN (L.),** « L'entreprise en difficulté face au droit de la concurrence », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 9, 2004.

• **ARLIE (D.),** « La négligence du prêteur, la règle de l'accessoire attachée au cautionnement et la libération de la caution », *Les Petites Affiches*, n°197, 3 oct. 2001, pp. 3-12.

• **BABBIERI (J.-F),** « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *Les Petites Affiches*, n° 196, 30 septembre 2008, pp 6-14.

• **BALI (M.),** « Le renforcement des fonds propres des entreprises françaises », *Les Petites Affiches*, 24 février 2009, pp. 8-17.

• **BARAV (A.),** « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », *L'Europe et le droit : Mélanges en hommage à Jean BOULOIS*, éd. Dalloz, 1991, pp. 1-20.

• **BARBIERI (J.-F.),** « Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs », *Les Petites Affiches*, n° 196, 30 septembre 2008, pp. 6-15.

• **BARRIERE (F.),** « La fiducie-sûreté », *La Semaine Juridique. Entreprise et Affaires* n°36, 3 septembre 2009, pp. 1808 et s.

• **BEHAR-TOUCHAIS (M.)** : « Le créancier d'un débiteur soumis à une procédure collective est-il recevable à agir ut singuli, en réparation du préjudice collectif qu'une banque aurait causé aux créanciers, en octroyant au débiteur des prêts trop importants ? », note sous Cass. Com. 3 juin 1997, Cousin Laferrière et a. C/ Société Générale et a., *La Semaine Juridique, éd. Entreprise et Affaires*, n°38, Sept. 1997, pp.88-93.

• **BEHAR-TOUCHAIS (M.),** « Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur », RTDCiv., n°4, oct.-déc. 1993, pp. 37 et s.

• **BERTHELOT (G.),** « Les créanciers postérieurs méritants », *Revue des Procédures Collectives*, n° 3, mai 2011, pp. 98-118

• **BETBEZE (J-P.),** « La banque, le juge, les ruptures de crédit et le fonctionnement du marché », *Les Petites Affiches*, n°99, 19 mai 2005, pp.60 et s.

• **BILLARD (O.) et MARTIN (S.),** « Les mesures de soutien public aux entreprises en difficultés au regard de la prohibition des aides d'État », *Perspectives*, n°38, janvier-mars 2014, pp.151-180.

• **BONHOMME (R.),** « La place des établissements de crédit dans les nouvelles procédures collectives, les droits et le droit », *in Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, pp.59 et s.

• **BONNEAU (T.),** « Responsabilité bancaire, soutien abusif, Loi du 26 juillet de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit*, n°105, janv.-févr. 2006, pp.61 et s.

• **BOUCARD (F.),** « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit », in LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et STORCK (M.) (dir.), *Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques*, Dalloz, 2012, pp.17-24.

• **BOUCHERY (D.),** « La responsabilité des banques dans les procédures : comment prévenir le risque de rupture ou de soutien abusif ? », in *Droit et Patrimoine*, n°57, févr. 1998, pp.53 et s.

• **BOUCHERY (D.),** « Financement, Garanties, homologation, responsabilités », in *Revue de Jurisprudence Commerciale, Entreprises en difficulté Nouvel essai, Colloque Droit et Commerce, Deauville, 3-4 avril 2004*, pp. 62-64.

• **BOUCHERY (D.),** « Restructurations financières », in *Revue de Jurisprudence Commerciale, Entreprises en difficulté / in Nouvel Essai Colloque Doit et Commerce, Deauville 3-4 août 2004*, pp. 108-112.

• **BOULOC (B.),** « Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société », *Revue des Sociétés*, 1992, pp. 1-21.

• **BOURRIE-QUENILLET (M.),** « Nouvelles approches de la prévention des entreprises en difficulté », *Les Petites Affiches*, n° 211, 23 octobre 2001, pp. 6-11.

• **BOUTEILLER (P.)**, « Responsabilité du banquier dans le cadre des procédures collectives », *Jurisclasseur Banque Crédit Bourse*, fasc. 520, 03, 2007.

• **BOYE (M.),** « La formalisation de l'informel : des systèmes financiers décentralisés à l'entreprenant », *PENANT*, n°886, janvier-mars 2014, pp. 58-88.

• **BRETZNER (J.-D.),** « L'article 60, alinéa 2 de la loi bancaire est-il applicable au contrat de crédit-bail ? », *Les Petites Affiches*, n°82, 9 Juillet 1993, pp. 18 et s.

• **BROCARD (E.),** « Brèves remarques sur la situation de la caution après la Loi 94-475 du 10 juin 1994 », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1994, pp. 368 et s.

• **CABRILLAC (M),** « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA*, Dalloz, 1991, pp. 31-39.

• **CALAIS-AULOY (J.) et RIVES-LANGE (J.-L.)**, « Capital social », *Ency. Dalloz, Rép. Sociétés*, 1982.

• **CALENDINI (J.-M.),** « Le point de vue du banquier sur le cautionnement », *Les Petites Affiches*, n°115, 25 septembre 1991, pp. 10-14.

• **CALENDINI (J.-M.) et CAMPANA (M.-J.),** « Droit de rétention et procédures collectives : la dissipation des dernières ambigüités ? » *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 27, 02 juillet 1998, pp. 274-284.

• **CALVO (J.),** « Les comptes courants d'associés : aspects juridiques et fiscaux », *Les Petites Affiches*, n°8, 19 janvier 1998, pp. 4-15.

• **CAMPANA (M.-J.),** « La responsabilité civile du dirigeant en cas de redressement judiciaire », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1994, pp.133 et s.

• **CAMPANA (M.-J.),** « La situation générale des créanciers dans la procédure », *Les Petites Affiches*, n°88, 24 juil. 1991, pp.26-31.

• **CAMPANA (M.-J) et TEBOUL (G.),** « Les aides d'État aux entreprises en difficulté », *Les Petites Affiches*, 21 novembre 2003, pp.5 et s.

• **CANIN (P.),** « La réforme du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1990, pp.352-367.

• **CARAMALLI (D.),** « Réforme du soutien abusif de crédit : le point de vue du praticien, *Les Petites Affiches*, n°76, 18 avr. 2005, pp.6 et s.

• **CARBONIER (D.),** « Le crédit-bail : du bail au crédit », *Defrénois*, n° 19, 15 octobre 1991, pp. 1025 et s.

• **CERATI-GAUTHIER (A.),** « Compte courant d'associés et sort des intérêts », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n°4, 01 juillet 2013, pp.241-243.

• **CHAPUT (Y),** « Le financement de la période d'observation et l'article 40 de la Loi du 25 janvier 1985 », *Les Petites Affiches*, n°12, 27 jan. 1993, pp.12 et s.

• **CHEMIN-BOMBEN (D.),** « Devoir de mise en garde du banquier : un arrêt ça va, trois…bonjour les débats », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°8, sept. 2006, pp.34 et s.

• **COLSON (J.-L.),** « Actualité des aides d'État », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 20, 2009.

• **COOGAN (P.),** « La responsabilité du banquier en droit américain » in *La responsabilité extracontractuelle du donneur de crédit en droit comparé,* FEDUCI 1984, pp.170 et s.

• **CORIAT (J. P.),** « La dette, la faillite et le créancier : le droit romain face à l'endettement », in Y. CHAPUT éd. L'apurement de dettes. Solution au surendettement, Paris Litec, 1998, pp. 27-43.

• **COUDERT (J.L.),** « Poursuites d'une caution solidaire d'un débiteur en redressement judiciaire », *Les Petites Affiches*, n°154, 24 Déc. 1993, pp.18-19.

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

• **COUDERT (J.L.) et MIGEOT (P.),** « Appréciation par l'expert du comportement du banquier dans la distribution du crédit », *Les Petites Affiches*, n°53, mai 1993, pp. 5-11.

• **COURET (A.),** « Endettement et financement de l'entreprise », in *De l'endettement au surendettement des entreprises, des réalités financières aux contraintes juridiques,* Colloque du 16 déc. 1998, *Gazette du Palais* 1999, pp.1360 et s.

• **COURTIER (J.-L),** « La caution et l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985 », *Les Petites Affiches*, n°116, 25 sept. 1992, pp.11 et s.

• **COURTIER (J.-L.),** « Le cautionnement donné par une société », *Les Petites Affiches*, n°256, 25 déc. 2000, pp.8-10.

• **CREDOT (F.-J.),** « De quel manquement au devoir de mise en garde la caution peut-elle se prévaloir ? » *La Semaine Juridique éd. Entreprise et Affaires*, n° 37, 16 septembre 2010, pp. 44-47.

• **CREDOT (F.-J.),** « La relation causale et le préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaires », in *Mélanges en l'honneur de Michel VASSEUR,* Banque éditeur 2000, pp.61 et s.

• **CREDOT (F-J.),** « Risque juridique et crédit bancaire aux entreprises », *Droit et Patrimoine*, Janvier 1994, pp. 34 et s.

• **CREDOT (F.-J.) et SAMIN (T.),** « Soutien abusif du crédit. Caractérisation de la fraude au sens de l'article L.650-1 du Code de commerce », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 6, novembre 2010, pp.138-139.

• **CREDOT (F.-J.) et SAMIN (T.),** « Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n°2, mars 2008, pp. 239 et s.

• **CROCQ (P.)**, « Des créanciers et des contractants mieux protégés », in *Droit et Patrimoine*, n° 253, décembre 2015, pp. 59- 64.

• **D'ALBOY (G.),** « La rupture des concours bancaires », *Les Petites Affiches*, n°28, 6 mars 1995, pp.4 et s.

• **DAIGRE (J-J),** « Du soutien abusif d'une filiale de concert par une banque et la société mère », *Revue des Sociétés*, 2003, pp.859 et s.

• **DAMMANN (R.) et PASZKUDZSKI (J.),** « La condamnation du banquier à combler l'insuffisance d'actif » (arrêt Banque Worms de la cour de cassation du 27 juin 2006), *D.* 2006, n°36, pp.2534 et s.

• **DANET (D.),** « Comptes courants d'associés : pour en finir avec un apartheid juridique », *RTD Com.*, 1993, pp. 55 et s.

• **DE BERNARDY (J.-L.),** « Entreprises en difficultés, le banquier peut-il sans risque provoquer un changement efficace et durable ? », *Revue Banque*, n°377, octobre 1978, pp.1112 et s.

• **DE CORAIL (J.-L.),** « Le juge administratif et la qualification des interventions de l'État dans le domaine de l'économie », *in Melanges Eisenman*, 1975, pp. 299-320.

• **DECHEIX (P.),** « Conditions et modalités de l'aide de l'État aux entreprises en difficulté en France », *Les petites affiches*, nº 75, 24 juin 1994, pp. 10 et s.

• **DECKON H. (K.) et AGBENOTO M. (K..),** Redressement judiciaire et concordat de redressement, *in* POUGOUÉ (P.-G.) (dir.), Encyclopédie du droit OHADA, Paris, Lamy, décembre 2011, pp.1452-1479.

• **DELEBECQUE (P.),** « La propriété en tant que sûreté dans les procédures collectives », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1994, pp.385 -395.

• **DELEBECQUE (P.),** « L'administration de fait par personne interposée : une notion à définir », *La Semaine Juridique, éd. Entreprise et Affaire*, n°6, 10 févr. 2005, pp.234 et s.

• **DEMEYERE (D.),** « Les enjeux de la cession de l'entreprise en difficulté », *Les Petites Affiches*, n° 108, 30 mai 2012, pp. 39-42.

• **DERUPPE (J.),** « Nantissement des créances »in Répertoire du droit commercial, Encyclopédie juridique, Dalloz, vol. 1, 2e éd., 1974.

• **DERRIDA (F.),** « Rapport général », *in La responsabilité du banquier : aspects nouveaux*, Association Henri Capitant, Tome XXXV, Economica, 1984.

• **DERRIDA (F.),** « Redressement et liquidation judiciaire des entreprises : les créances postérieures », *Les Petites Affiches*, n°81, 7 Juil. 1993, pp.16-18.

• **DERRIDA (F.),** « À propos de la faillite personnelle », *D.*, 1975, chron., XXXIV, n° 5, pp. 201-208.

• **DERRIDA (F.),** « Le crédit et le droit des procédures collectives », In *Etudes offertes à René RODIERE*, 1981, pp. 67 et s.

• **DESCHANEL (J.-P.),** « Le financement des P.M.E. : comment en maitriser les risques », *Les Petites Affiches*, n° 27, 04 mars 1994, pp. 3-8.

• **DESURVIRE (D.),** « Banqueroute et faillite, de l'antiquité à la France contemporaine », *Les Petites Affiches*, 30 août 1991, n° 104, pp. 12-19 ; 02 septembre 1991, n° 105, pp. 4-11.

• **DEVEZE (J.),** « Les dirigeants cautions », in *La semaine juridique.Entreprises et Affaires* n° 3, (JCPE) (HS3), 2001, pp. 27-29.

• **DJOGBENOU (J.),** « La réception de l'affacturage en droit OHADA des contrats », in Actes du colloque international de Libreville sur « *les pratiques contractuelles d'affaires et le processus d'harmonisation dans les espaces régionaux* », ERSUMA, 1ère éd., juin 2012, pp. 100 à 112.

• **ECKERT (G.),** « Les procédures d'insolvabilité et les aides d'État : la politique de la Commission », *Les Petites Affiches*, nº117, 11 juin 2008, pp. 13 et s.

• **EL ABDAIMI (M.),** « Le financement informel », *Revue Tiers-Monde*, T.XXX, 1989, pp. 869 et s.

• **FAVARIO (T.),** « De l'attractivité du droit des entreprises en difficulté », *Revue des Procédures Collectives*, n°4, juillet 2009, pp. 209-219.

• **FAVARIO (T.)**, « Dissimulation de l'état de cessation des paiements par un financement anormal : les précisions de la Cour de cassation », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n° 4, 01 juillet 2013, pp. 246-250.

• **FENEON (A.),** « Bilan et perspectives de l'OHADA », *Revue Juridique et Politique. Indépendance et Coopération*, septembre-Décembre 2001, pp. 243-251.

• **FERNADEZ TORRES (I.) et MONSERIE-BON (M.-H.)**, « Le financement des entreprises en difficulté : le privilège de la Fresh Money. Regards

croisés : France, Espagne », *Revue des Procédures Collectives* n°4, juillet 2012, pp. 20-24.

- **FOFANA (R.),** « Droit communautaire de la concurrence, un nouveau chantier, Intégration économique et exercice du métier d'avocat », Cotonou Benin, Séminaire organisé par l'Union Internationale des Avocats en collaboration avec l'ordre des avocats du Benin, 22 mars 2013, 20 pages.
- **FOMCHIBOU MBANCHOUT (J.-J.),** « De quelques réflexions sur la « *codification* » pénale communautaire du « *législateur* » de l'OHADA », in GATSI (J.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 63-77.
- **GALVADA (C.),** « Les établissements de crédit et le devoir annuel d'information des cautions », note sous Cass. Com., 25 jan. 1993, Société bordelaise et crédit industriel et commercial C/ M. et Mme BONNEMAZON, *Les Petites Affiches*, n°87, 21 juillet 1993, pp.7-9.
- **GAST (P.),** « Les meilleures sûretés face aux délais des procédures collectives (suite et fin) », *Les Petites Affiches*, n°95, 7 août 1992, pp.35 et s.
- **GATSI (J.),** « Le marché financier au Cameroun », *Juridis Périodique*, n° 42, avril-juin 2000, pp. 22 et s.
- **GATSI (J.),** « Le recouvrement des créances bancaires en droit OHADA », in GATSI (J.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaondé, PUA, janvier 2006, pp. 129 à 162.
- **GENITEAU (A.),** « Réhabilitation des droits des créanciers ou priorité à la liquidation… des emplois ? », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1994, pp.45-48.
- **GERBAULT (P.),** « Droit des sûretés et droit des entreprises : influences croisées », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 2002, pp.150 et s.
- **GHESTIN (J.),** « L'effet rétroactif de la résolution des contrats à exécution successive », in *Mélanges* offerts à Pierre RAYNAUD, Paris-Dalloz-Sirey, 1985, pp. 203-226.
- **GNIMPIEBA TONNANG (E.) et NGUENA DJOUFACK (A.L.),** « L'influence du droit communautaire de la CEMAC sur le domaine de compétence du juge administratif camerounais », *Recht in Africa*, Cologne, 21 octobre 2011, pp. 219-239.
- **GUYON (Y.),** « La rupture abusive de crédit », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n°6, nov-dec 2002, pp.369 et s.
- **HARARON (M.),** « Doing business 2009 : mesurer l'efficacité des faillites ? », *D.*, 2009, chron. pp. 244 et s.
- **HOUIN-BRESSAND (C.),** « Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ? » *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 2, mars 2010, pp. 159-163.

• **IDOT (L.),** « Les mutations du droit des aides d'État », *Revue Lamy Concurrence*, n° 1, 2010. pp. 79-86.

• **JAMES (J. C.),** « Liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives », in POUGOUÉ (P.G.), (Dir), Encyclopédie du droit OHADA, pp. 1104-1119.

• **JIOGUE (G.),** « Le crédit-bail », in Actes du colloque international de Libreville sur les pratiques contractuelles d'affaires et le processus d'harmonisation dans les espaces régionaux, ERSUMA, 1ère éd., juin 2012, pp. 92-99.

• **JOURDAIN (P.),** « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *Les petites affiches*, n°224, novembre 2004, pp. 49 et s.

• **KALIEU (Y.),** « Réflexions sur les nouveaux attributs du droit de propriété : à propos de la propriété utilisée comme sûreté », *Annales de la Faculté des Sciences juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, T1, Vol 2, PUA, 1997, pp.193 -205.

• **KALIEU (Y.),** « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », *Juridis Périodique*, n°55, juillet-août-septembre 2003, pp.109-116.

• **KALIEU (Y.),** « Le contrôle bancaire dans la zone de l'union monétaire de l'Afrique Centrale », *PENANT*, n°841, octobre-décembre 2002, pp.445-472.

• **KALIEU ELONGO (Y. R.),** « Cautionnement », in POUGOUÉ (P.-G.) (dir.), Encyclopédie du droit OHADA, pp. 497-519.

• **KALIEU ELONGO (Y. R.),** « L'étendue de l'obligation de la caution en droit OHADA », in ANOUKAHA (A.) et OLINGA (A.-D.) (dir), *L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUÉ*, L'Harmattan, Cameroun, 2015, pp. 353-367.

• **KALIEU ELONGO (Y. R.),** « Propriété retenue ou cédée à titre de garantie », in POUGOUÉ (P.-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., pp. 1443 à 1451.

• **KALIEU ELONGO (Y. R.),** « Un pas de plus vers l'uniformisation de la législation bancaire CEMAC : les règlements COBAC R-2009/01 portant fixation du capital social minimum des établissements de crédit, fixation des catégories d'établissements de crédit, leur forme juridique et des activités autorisées », *Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques*, Université de Dschang, Tome 13, 2009, pp. 5-20.

• **KALIEU (Y.)** et **KEUFFI (D. E.),** L'émergence des marchés financiers dans l'espace OHADA, Afrilex, n° 4, http//www. afrilex.u-bordeaux4. fr, pp. 39 - 55.

• **KALIEU (Y.) et WATCHO KEUGONG (R. S.),** « Commentaire du Règlement n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 août 1999 portant réglementation des

pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres », *Juridis Périodique*, nº 54, avril-mai-juin 2003, pp.95-101.

- **KALIEU ELONGO (Y. R.) et WATCHO KEUGONG (R. S.),** « La réforme de la procédure communautaire de concurrence CEMAC », *Juridis Périodique*, nº 80, oct.-novembre-décembre 2009, pp. 107-114.
- **KAMTA FENDOP (E. M.),** « Associés », in POUGOUÉ (P.-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, op.cit., pp. 353 à 374.
- **KANE EBANGA (P.),** « La nature juridique du concordat du redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA », *Juridis Périodique*, n°50, avril-mai-juin 2002, pp. 109-112.
- **KARPENSCHIF (M.),** « Regard sur le droit des aides d'État », *Les petites affiches*, 29 novembre 2007, nº 239, pp. 48-56.
- **KEUGONG WATCHO (R. S.),** « Droit des contrats commerciaux », *Revue de Droit des Affaires OHADA*, 2ème année de parution, n° 4, juillet-décembre 2013, pp. 47-63.

- **LACROIX (E.) et MEILLE (B.),** « Le financement des entreprises en difficultés de trésorerie », RFC 364, mars 2004, http://www.entreprisеprevention.com/content/download/436/1709/version/1/file/article_rfc_mars_2004.pdf.
  - **LASSERE CAPDEVILLE (J.),** « Que reste-t-il au XXIe siècle du devoir de non ingérence du banquier », *Banque et Droit*, n°100, mars-avril 2005, pp.11-19
  - **LASSERRE CAPDEVILLE (J.),** « La responsabilité pénale du banquier dispensateur de crédit », in LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et STORCK (M.) (dir.), *Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques*, Dalloz, 2012, pp. 25-36.
  - **LE FRANCOIS (L.),** « Les tontines », *Banques et crédit en zone franc et au Zaïre, Marchés tropicaux et Méditerranéens*, nº 2247, 2 décembre 1988, pp. 3421 et s.
  - **LEGEAIS (D.),** « Les concours consentis à une entreprise en difficultés », *JCP E*. nº 42, 20 octobre 2005, étude 1510, nº 11, pp. 1747 et s.
  - **LEGEAIS (D.),** « Conditions de la responsabilité du prêteur du fait des concours consentis à une entreprise en difficultés », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 17, 26 avril 2012, pp. 12-16.
  - **LEGEAIS (D.),** « Responsabilité du banquier : devoir de mise en garde en présence d'un montage financier », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n°5, septembre 2011.
  - **LE MAIGAT (P.),** « La vente d'un bien gagé ne peut intervenir qu'après autorisation préalable par le juge commissaire du paiement de la créance », *La Semaine juridique*, n° 12, 22 mars 2000, pp.37-40.

• **LE NABASQUE (H.),** « La cession de l'entreprise en redressement judiciaire », *La Semaine Juridique, entreprise et affaires*, n°19, 10 Mai 1990, 15770.

• **LOUKAKOU (D.),** « L'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales, aspects de droit des marchés financiers », in *Revue d'Etude et de Recherche sur le Droit et l'Administration dans les pays d'Afrique*, juin 2012, pp.1-49.

• **LUCAS (F.-X.),** « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », *Revue des Procédures Collectives*, n°6, novembre 2009, pp. 194-197.

• **LUCAS (F.-X.),** « Risques et responsabilités induits par les procédures collectives », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 1, janvier 2013, pp. 356-360.

• **MALAURIE (Ph.),** « La cession de contrat », *Rép. Not. Defrénois*, 1976, 31194.

• **MALECOT (J.F.),** « Gestion financière de l'entreprise en difficulté », *Encyclopédie de gestion*, Economica, 2 éd. Paris, 1978.

• **MALEVILLE (M.-H.),** « La responsabilité civile des intermédiaires professionnels au titre de devoir de conseil », *La Semaine Juridique*, n°17, 26 avril 2000, pp.732-737.

• **MARKUS (J.-P.),** « Aides aux entreprises affectées par la crise financière », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 34, 26 août 2010, pp.49-58.

• **MARQUET (J.-Y.) et BRIQUET (J.-M.),** « L'actionnaire d'une société non cotée en redressement ou en liquidation judiciaire », *Gazette du Palais*, n° 148, 27 mai 2004, pp. 43-52.

• **MARTIN (F.) et GERARDGODARD (B.),** « La mobilisation des créances commerciales de l'entreprise : escompte, bordereau dailly et affacturage », *Les Petites Affiches*, n° 99, 19 mai 2011, pp. 23-33.

• **MARTIN (P.),** « La réparation du préjudice individuel des créanciers dans les procédures collectives », *Les Petites Affiches*, n°186, 18 Sept. 2001, pp.4-10.

• **MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.),** « Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.*, 2005, n°20, Chron. pp.1358 et s.

• **MASCALA (C.),** « Droit pénal des affaires », *D.*, 2009, p. 1723 et s.

• **MATHIEU (M.),** « La participation du banquier au règlement amiable des difficultés des entreprises », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 46, 13 novembre 1986, pp. 450-461.

• **MATTOUT (J.P.),** « L'expérience du banquier dans les restructurations négociées » *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1999, pp.152-165.

• **MBAYE NDIAYE (M.),** « Capital social », in POUGOUE (P.-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, op. cit., pp. 462- 496.

• **MBONJI BILLE (G. C.),** « Les créances nées de la poursuite de l'activité », in GATSI (J.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 163-169.

• **MELEDO-BRIAND (D.),** « Notions comparables et continuation de l'entreprise », *RIDE*, 1995.

• **MESTRE (J.) et PUTMAN (E.),** « L'intervention des pouvoirs publics auprès des entreprises en difficultés », *Jurisclasseur commercial*, fascicule 3110.

• **MEVOUNGOU NSANA (R.),** « Les particularités du contrat bancaire », in Actes du colloque international de Libreville sur « les pratiques contractuelles d'affaires et le processus d'harmonisation dans les espaces régionaux », ERSUMA, 1ère éd., juin 2012, pp. 124-136.

• **MIENDJIEM (I. L.),** « Régime général des sûretés », in POUGOUÉ (P.-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, *op. cit.*, pp. 1480 à 1509.

• **MIGNOT (M.),** « Le devoir de mise en garde de l'emprunteur et de sa caution : devoir d'informer, de conseiller ou de s'abstenir de contracter ? » in LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et STORCK (M.) (dir.), *Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques*, Dalloz, 2012, pp. 77-89.

• **MODI KOKO (H. B.),** « Les contrats sur le fonds de commerce », in Actes du colloque international de Libreville sur les pratiques contractuelles d'affaires et le processus d'harmonisation dans les espaces régionaux, ERSUMA, 1ère éd., juin 2012, pp. 68-77.

• **MODI KOKO BEBEY (H. D.),** « La force obligatoire du contrat à l'épreuve du droit des procédures collectives de l'OHADA », in ANOUKAHA (A.) et OLINGA (A.-D.) (dir), *L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, Harmattan, Cameroun, 2015, pp.489- 499.

• **MOULY (C.),** « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in *Etudes dédiées à René RODIERE, Aspects du droit commercial français*, Paris, LGDJ, 1984, pp.530-561.

• **MOUMI DE BAKONDJI (J.),** « Banques, crédits et dispositifs sécuritaires du droit OHADA », in GATSI (J.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2006, pp. 171-178.

• **NABET (P.),** « Le droit au paiement intégral du rétenteur d'un actif inclus dans un plan de cession », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n° 4, 01 septembre 2011, pp. 256-257.

• **NANDJIP MONEYANG (S.),** « Réflexion sur l'égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA », *Revue des Procédures Collectives*, n° 4, juillet 2010, 25e année, pp. 24-35.

• **NETTER (E.),** « Les sûretés personnelles reposant sur une obligation de faire », in LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et STORCK (M.) (dir.), *Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques*, Dalloz, 2012, pp. 90-100.

• **NGOM (M.),** « Titres et valeurs mobilières », in POUGOUE (P.-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, pp. 2088-2103.

• **NGOUE (W.J.),** « La mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants de sociétés anonymes en doit OHADA », in GATSI (J.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'OHADA*, Coll. Droit Uniforme, PUA, Yaoundé 2006, pp. 179 - 205.

• **NGOUMTSA ANOU (G.),** « L'obligation de bonne foi dans le droit OHADA : analyse à partir de la vente commerciale », in ANOUKAHA (A.) et OLINGA (A.-D.) (dir), *L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUÉ*, L'Harmattan, Cameroun, 2015, pp. 613- 628.

• **NGUIHE KANTE (P.),** « Le régime juridique de dissolution des entreprises publiques et parapubliques au Cameroun depuis la réforme des procédures collectives », *Annales de la F.S.J.P*, Université de Dschang, 1999, pp. 36-57.

• **NGUIHE KANTE (P.),** « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », *Annales de la F.SJ.P*, Université de Dschang, T.5, 2001, PUA, pp. 87-103.

• **NJANDEU (M. A.),** « La protection de la société commerciale en droit OHADA », in AKAM AKAM (A.) (dir.), *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, Cameroun, 2009.

• **NYAMA (J. M.),** « Réflexions sur la responsabilité du banquier », *Juridis Infos*, n° 9, jan.-févr.-mars 1992, pp.33-39.

• **NZOUABETH (D.),** « La responsabilité des tiers en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif dans l'espace OHADA », *Revue des Procédures Collectives*, n° 4, décembre 2007, pp. 192-206.

• **OBOLENSKY (A.),** « Pourquoi et comment aider les petites et moyennes entreprises ? » *Les Petites Affiches*, n° 223, 08 novembre 2000, pp. 61-65.

• **PAILLUSSEAU (J.),** « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?)… d'un droit en dérive », in *Etudes offertes à Roger HOUIN, problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz-Sirey, 1995, pp. 109-150.

• **PEROCHON (F.),** « Les créanciers et la clause de réserve de propriété », *Les Petites Affiches*, n°88, 24 juil. 1991, pp.32-37.

• **PEROCHON (F.),** « Le choix des garanties efficaces », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n° 5, 01 septembre 2012, pp. 321-325.

• **PERRUCHOT-TRIBOULET (V.),** « Le financement des entreprises dans le nouveau Code des activités économiques », *Les Petites Affiches*, n° 180, 07 septembre 2007, pp. 3-9.

• **PETIT (B.),** « Augmentation des engagements des associés : clause statutaire adoptée à l'unanimité (limites) », *Bulletin Joly Sociétés*, n° 11, 01 novembre 1998, pp. 1148-1151.

• **PINOTEAU (C.)**, « Sur la possibilité de libérer le montant d'une augmentation de capital par compensation avec des créances sur la société lorsqu'il existe un déficit d'exploitation supérieur au montant du capital social », *J.C. P.* 1965 I., 1886.

• **REIFEGERSTE (S.),** « La rupture de crédit aux entreprises », *Les Petites Affiches*, n° 203, 09 octobre 2008, pp. 14-25.

• **RIVES–LANGE (J.-L.)**, « Les banquiers et les plans de redressement », *Les Petites Affiches*, n°88, 24 juillet 1991, pp. 43-48.

• **ROBERT (J.-H.),** « Banqueroute et autres infractions », *Droit pénal*, novembre 2005, pp. 13 et s.

• **ROUCHY (J. Y.),** « Les tontines camerounaises », *Banques et Crédit en zone franc et au Zaïre, Marchés Tropicaux et Méditerranéens*, n° 2241, 21 octobre 1988, n° spécial Cameroun, pp. 2857 et s.

• **ROUGER (M.),** « Les critères de défaillance d'une banque », *Colloque de Deauville organisé les 8 et 9 juin 1996 par l'Association Droit et Commerce, Revue de Jurisprudence Commerciale*, Numéro spécial, La défaillance d'une banque, pp.15-22.

• **ROUSSEL GALLE (P.),** « OHADA et difficultés des entreprises. Etudes critiques des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif » (1ère partie), *RJC*, 2001, pp. 9-19.

• **ROUSSEL GALLE (P.)**, « Les débiteurs dans l'AUPC révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », in *Droit et Patrimoine*, n° 253, décembre 2015, pp. 55-58.

• **ROUTIER (R.),** « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », chron. D., 2005, n° 22, pp. 1478 et s.

• **SAWADOGO (F. M.),** « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur », in POUGOUÉ (P.-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, *op.cit.*, pp. 752-772.

• **SAWADOGO (F. M.),** « Sanctions civiles et commerciales des procédures collectives d'apurement du passif », in POUGOUÉ (P.-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, *op. cit.*, pp. 1805-1823.

• **SAWADOGO (F. M.),** « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard des créanciers », in POUGOUÉ (P.-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, *op. cit.*, pp. 725-751.

• **SAWADOGO (F. M.),** « La prise en compte du droit comparé dans l'œuvre d'unification de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique », in *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, volume 85, 2008, pp. 307-347.

• **SAWADOGO (F. M.),** « La remise en cause des obligations en droit des procédures collectives par la « règle du zéro heure » en Afrique francophone », in **SAWADOGO (F.M.),** OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, observations sous AUPCAP, 4e éd., 2014.

• **SAWADOGO (F. M.)**, « Les procédures de prévention dans l'Acte uniforme révisé : la conciliation et le règlement préventif », in *Droit et Patrimoine,* n° 253, décembre 2015, pp. 34-38.

• **SCHAPIRA (J.),** « L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme », *RTD Com*., 1971, pp. 957-971.

• **SCHMIDT (D.),** « La poursuite des contrats en cours dans le redressement judiciaire », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1991, pp.381-384.

• **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 s. du C. de com.) », *Revue des Procédures Collectives*, n° 4, décembre 2005, pp. 299-307.

• **SENECHAL (M.) et COUTURIER (G.),** « Créanciers antérieurs : l'égalité a-t-elle vécu ? » *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n°5, 01 septembre 2012, pp.328- 332.

• **SIMLER (P.),** « L'information de la caution », in LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et STORCK (M.) (dir.), *Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques*, 2012, pp. 67-76.

• **SOROLINO (M. C.),** « Banqueroute par détournement d'actif et abus de biens sociaux : un conflit de qualification, des solutions en clair-obscur », in *Mélanges de Michel CABRILLAC*, Dalloz, Paris, 1999, pp.186 et s.

• **SORTAIS (J.-P.),** « Avance en compte courant et cessation des paiements », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n° 4, 01 septembre 2011, pp. 273-275.

• **SORTAIS (J.-P.),** « Avance en compte courant : passif exigible ou actif disponible ? », *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*, n° 4, 01 juillet 2012, pp. 209-211.

• **SOUPGUI (E.),** « La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA », *Revue des procédures Collectives*, n° 5, septembre 2009, pp. 199 et s.

• **SOUSSE (M.),** « La situation du concurrent du bénéficiaire d'une aide d'État devant les juridictions nationales », *Les Petites Affiches*, n°152, 1er août 2000, pp.11-19.

• **STOUFFLET (J.),** « Retour sur la responsabilité du banquier donneur de crédit », *Mélanges M. CABRILLAC,* Dalloz Paris, 1999, pp. 517 et s.

• **STOUFFLET (J.) et MATHEY (N.),** « Loi sur la sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 » Commentaires des dispositions applicables aux concours financiers, *Revue de Droit Bancaire et Financier*, n°1, janvier-février 2006, pp. 58 et s.

• **TEBOUL (G.),** « Faut-il couper l'entreprise en difficulté de l'accès au crédit ? » *Les Petites Affiches,* n° 128, 26 juin 2008, pp. 6-12.

• **TERRE (F.),** « Droit de la faillite ou faillite du droit », *Rev. Juris. Com*., 1991, pp. 1 et s.

• **TERRE (F.),** « Remarques sur l'augmentation du capital par incorporation des créances » in HAMEL (J.) (dir.), *dix ans de conférence d'agrégation*, Dalloz, 1961.

• **TIANI (F.),** « Les entreprises face aux banques dans le contexte actuel au Cameroun », *Juridis Infos*, n°6, avril- mai- juin 1991, pp. 71-74.

• **TIGER (P.),** « Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA », *Les Petites Affiches,* n°205, 13 octobre 2004, pp. 35-51.

• **TOE (S.),** « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficultés en droit OHADA à la lumière du droit français », *Revue de l'ERSUMA*, Droit des affaires et pratiques professionnelles, n°1, les Éditions IPE, Juin 2012, pp. 22-71.

• **TOGOLO (O.),** « Le juge camerounais et le juge de la CEMAC : un regard prospectif », *Juridis Périodique*, n° 63, juillet-août-septembre 2005, pp. 76-87.

• **TOLEDO WOLFSOHN (V.A.-M.),** « Transfert de participation et crédit syndiqué », *RD bancaire et financier, n°5*, septembre/octobre 2003, pp. 320 et s.

• **TORCK (S.),** « La date de naissance des créances en droit civil », *Les Petites Affiches*, n°224, 2004, pp.30 et s.

• **VALLENS (J.-L.),** « Le droit de l'insolvabilité, une atteinte contrôlée à la concurrence », *Les Petites Affiches*, n° 117, 11 juin 2008.

• **VALLENS (J.-L.),** « Le sort des crédits octroyés aux entreprises en cas de procédures collectives », in LASSERRE CAPDEVILLE (J.) et STORCK (M.) (dir.), *Le Crédit, Aspects Juridiques et Economiques*, Dalloz, 2012, pp. 101-109.

• **VALUET (J.-P.),** « Augmentation de capital et droit aux dividendes des actions nouvelles », *Bulletin Joly Sociétés*, n° 3, 01 mars 1997, pp. 207-210.

• **VASSEUR (M.),** «Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire : la cession de créance à titre de garantie », *Révue Banque*, 1979, pp. 458-469.

• **VINCKEL (F.),** « Le droit au remboursement du compte courant d'associé à l'aune du droit des entreprises en difficulté », *Revue des Procédures Collectives*, n°1, Janvier 2011, Etude 4, pp.119 et s.

• **VIRASSAMY (G.),** « Le recours au crédit-bail », *Revue Française de Finances Publiques*, n° 120, 01 novembre 2012, pp. 105-114.

• **YAWAGA (S.),** « Infractions relatives aux procédures collectives d'apurement du passif », in POUGOUÉ (P.-G.) (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, *op. cit*., pp. 1004-1009.

C. THESES ET MEMOIRES

• **AGBENOTO (K.M.),** *Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives*, Thèse de Doctorat, en droit privé, Université de Lomé, 28 novembre 2008, 908 pages.

• **BELLA NOA (G.),** *La transparence en droit de la concurrence (CEMAC)*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2014, 120 pages.

• **CAPOEN (A.L.),** *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficultés*, Thèse de doctorat de l'Université de Toulouse, décembre 2008, 439 pages.

• **CHACGOM FOKAM (A.),** *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2008-2009, 69 pages.

• **DJOUAKEP (J.),** *Les assemblées en droit des sociétés commerciales de l'OHADA le cas de la SA*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2011, 141 pages.

• **DOUMBIA (S.),** *La zone CFA : le choc de la dévaluation et analyse des nouvelles orientations de la politique économique*, Thèse de Doctorat, Université de Grenoble, décembre 2010, 320 pages.

• **EKWELLE EKANE (N.),** *La protection civile des actionnaires dans l'espace OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2006-2007, 128 pages.

• **ELOUNDOU MBESSA (F.),** *L'utilisation des garanties par les établissements de microfinance (EMF) cas des CEPI*, Rapport de DESS, Université de Yaoundé II-Soa, 2005-2006, 61 pages.

• **FEUDJIO (P.H.),** *Le fonds de garantie des dépôts en Afrique Centrale et le traitement des défaillances des établissements de crédit*, Thèse de Master, Université de Dschang, 167 pages.

• **GNIMPIEBA TONNANG (E.),** *Droit matériel et intégration sous-régionale en Afrique Centrale (contribution à l'étude des mutations récentes du*

marché intérieur et du droit de la concurrence CEMAC), Thèse de Doctorat (Nouveau régime), Université de Nice-Sophia Antipolis, 2004, 557 pages.

- **JEMALI (M.),** *Les établissements de paiement. Un nouvel acteur dans le système bancaire*, Thèse de Doctorat, Université de Nice-Sophia Antipolis, janvier 2014, 357 pages.
- **KALIEU (Y. R.),** *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais,* Thèse de Doctorat en droit privé et sciences criminelles, Montpellier I, octobre 1995, 361 pages.
- **KAMDEM SIMO (S.),** *Assurance et cautionnement*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2013, 115 pages.
- **KAMWE MOUAFFO (M.-C.),** *Droit de confidentialité et droits de la défense dans les procédures communautaires de concurrence*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Montpellier II, 2007, 605 pages.
- **KANA KENGNI (M.R.),** *La distribution des dividendes en droit des sociétés commerciales OHADA*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2013, 126 pages.
- **KANCHOP (T. N.),** *Le secteur informel à l'épreuve du droit des affaires OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2008, 102 pages.
- **KEM CHEKEM (B.M.),** *Entreprises en difficulté et droits des salariés dans la zone OHADA : le cas du Cameroun*, Mémoire DEA, Université de Dschang, Juillet 2004.
- **KEMBOU YMELE (B.),** *Les garanties de crédits bancaires au Cameroun*, Mémoire de DEA, Université de Douala, 2003-2004, 119 pages.
- **KENGNE FOTSO (F.),** *Le particularisme des établissements de crédit de la CEMAC au regard du droit des sociétés commerciales*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2011, 150 pages
- **KENMOGNE (N.),** *L'intérêt général en droit des procédures collectives*, Mémoire DEA, Université de Dschang, 2006-2007, 133 pages.
- **KENMOGNE SIMO (A.),** *La protection des établissements bancaires contre la défaillance en Afrique noire francophone*, Thèse de Doctorat, Université de Yaoundé II-Soa, 2003-2004, 355 pages.
- **KOAGNE (J. C.),** *Le droit préférentiel de souscription dans la société anonyme (OHADA),* Thèse de Master, Université de Dschang, janvier 2012, 126 pages.
- **KOM KAMSU (M.),** *Le droit pénal des sociétés commerciales dans l'Acte uniforme OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, février 1999, 146 pages.
- **KOUAM GUIADEME (M. P.),** *L'accès au crédit dans les EMF de deuxième catégorie*, Rapport de DESS, Université de Yaoundé II-Soa, 2007-2008, 65 pages.

- **MAGUAFO NGUM HEALLA (Y.),** *Les créanciers hypothécaires dans les procédures collectives de l'OHADA,* Thèse de Master, Université de Dschang, 2008-2009, 119 pages.
- **MAGUEU KAMDEM (J. D.),** *Les banques et les entreprises en difficultés*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2004-2005, 133 pages.
- **MAKENTSOP WAMBA (C. L.),** *La politique communautaire de la concurrence et les aides aux entreprises dans la CEMAC*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2004, 80 pages.
- **MANEWA (O. B.),** *La variabilité du capital social en droit OHADA*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2010-2011, 127 pages.
- **MBAMI NKOUATO (J. C.),** *Le rôle de l'État dans le traitement des difficultés des établissements de crédit*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2010, 108 pages.
- **MELI METINO (C. G.),** *Le traitement des difficultés des entreprises en droit des procédures collectives OHADA*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2009-2010, 91 pages.
- **MILINGO ELLONG (J. J.),** *La sécurisation des créances bancaires dans la sous région CEMAC*, Mémoire de DEA, Université de Douala, 2003-2004, 152 pages.
- **MOMAHA NGAMENI (S. M.),** *La protection des créanciers sociaux en droit pénal des affaires*, Thèse de Master, Université de Dschang, 2010-2011, 122 pages.
- **MOUTHIEU (M.A.),** *L'intérêt social en droit des sociétés*, Thèse de Doctorat, Université de Yaoundé II- Soa, 2005-2005, 620 pages.
- **NDIFFO KEMETIO (M. L.),** *L'influence du droit communautaire de la CEMAC sur le droit administratif camerounais*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2005-2006, 120 pages.
- **NGASSA NGUEBDJO (S. C.),** *La protection pénale des actionnaires en droit OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2004-2005, 128 pages.
- **NGUENA DJOUFACK (A. L.),** *La compétence du juge administratif camerounais à l'épreuve du droit communautaire de la CEMAC*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2006, 99 pages.
- **NGUIHE KANTE (P.),** *Les techniques de sauvetage des entreprises en difficulté en droit camerounais*, Thèse de Doctorat 3e cycle en droit privé, Yaoundé, février 1999,
- **NJEUFACK TEMGWA (R.),** *La protection de la concurrence dans la CEMAC*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2005, 379 pages.
- **NJOYA NKAMGA (B.),** *Les dirigeants sociaux*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2006-2007, 502 pages.

- **PYM (B. D.),** *Le banquier et le financement d'une entreprise en difficultés*, Mémoire de DEA, Université de Douala, 2003-2004. 122 pages.
- **SARPCAN (T.),** L*e banquier acteur du règlement amiable*, mémoire en vue de l'obtention du DEA droit des affaires, Université Robert Schuman Strasbourg, 2002-2003.
- **SOH FOGNO (D. R.),** *Le débiteur à l'épreuve des procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, Thèse de Doctorat PhD, Université de Dschang, 2012, 487 pages.
- **SOUPGUI (E.),** *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA*, Thèse de Doctorat, Université de Yaoundé II-Soa, 2007-2008, 408 pages.
- **SUNKAM KAMDEM (A.),** *La protection des déposants en droit bancaire camerounais*, Mémoire de DEA, Université de Douala, 2003-2004, 103 pages.
- **SUNKAM KAMDEM (A.),** *La transparence des opérations bancaires et financières dans la CEMAC*, Thèse de Doctorat, Université de Douala, 2012, 485 pages.
- **TATI WABO (N.),** *L'associé d'une entreprise en difficulté*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2004-2005, 81 pages.
- **TCHAKOTEU MESSABEM (L.),** *La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif OHADA, par comparaison avec le droit français*, Thèse de Doctorat en droit privé, Université de Perpignan *via Domitia*, 2013, 396 pages.
- **TCHAMBA BAKAKEU (L. F.),** *Les cessions d'actifs de l'entreprise en difficulté,* Mémoire en vue de l'obtention du DEA en droit communautaire et comparé CEMAC, Université de Dschang, 2006, 107 pages.
- **TCHEUMALIEU FANSI (M. R.),** *L'application des procédures collectives aux personnes morales de droit privé non commerçantes*, Mémoire DEA, Université de Dschang, 2001, 85 pages.
- **TCHOMGUI KOUAM (G.),** *Le traitement des défaillances bancaires des établissements de microfinance,* Thèse de Master, Université de Dschang, 2010, 192 pages.
- **TCHOUAMBIA TOMTOM (L. J. B.),** *La transparence dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, Thèse de Doctorat /PhD en droit privé, Université de Dschang, juillet 2013, 530 pages.
- **TCHOUAMBIA TOMTOM (L. J. B.),** *Le cautionnement réel en OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2004.
- **TSAGMO TAMEKO (E.),** *La location-gérance de l'entreprise en difficulté en droit des procédures collectives OHADA*, Thèse de Master, Université de Dschang, 20008-2009, 107 pages.

• **VIGNERON (L.),** *Conditions de financement de la PME et relations bancaires,* Thèse de Doctorat, Université de Lille 2, novembre 2008, 300 pages.

• **WAMBA NANGMO (F. G.),** *Réflexions critiques sur la liquidation des établissements de microfinance à la lumière du Règlement relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté dans la CEMAC,* Thèse de Master, Université de Dschang, 2015, 113 pages.

• **WATAT (H. R.),** *Le régime fiscal des cessions d'entreprises, Mémoire de DESS, fiscalité appliquée,* Université de Douala, 2007, 81 pages.

• **YOUBI (A.),** *Les créances postérieures dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, mémoire DEA, Université de Yaoundé II, 2009.

D. JURISPRUDENCE

1. DANS L'ESPACE OHADA

• Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), 1er chambre, arrêt n°12 du 29 juin 2006, affaire : Compagnie Bancaire de l'Atlantique Côte d'Ivoire dite COBACI c/ 1) Sté SHAFTESBURY OVERSEAS L TD ; 2) Sté BENATH COMPANY LTD, Le Juris-Ohada, n° 4/2006, p. 11, Ohadata J-07-26.

• Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), 1ère Chambre, arrêt n° 006 du 28 février 2008- Affaire : ENVOL-TRANSIT COTE D'IVOIRE SARL c/ 1.- SDV COTE D'IVOIRE dit SDV-CI/ 2.- Société IED/ 3.- Administration des douanes.-Le Juris-Ohada n° 2- avril-mai-juin 2008, p. 13.- Recueil de Jurisprudence de la CCJA, n° 11, janvier-juin 2008, p. 35. Ohadata J-09-29 ; Actualités juridiques n° 60-61, p. 435, note anonyme. Ohadata J-09-318.

• Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), arrêt n° 022/2007 du 31 mai 2007, Audience publique de 31 mai 2007, Pourvoi n° 009/2004/PC du 12 février 2004, affaire : 1) KINDA Augustin Joseph ; 2) Maître TE BIEGNANG André Marie (Conseils : SCPA KAKOU et DOUMBIA, Avocats à la Cour c/ Dame KONE Fatoumata. –Recueil de Jurisprudence n° 9- janvier-juin 2007, p. 49. Le juris - Ohada n° 3/2007, p. 31. Ohadata J-08-224.

• Cour d'appel d'Abidjan, 2ème Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 557 du 27 mai 2005, affaire : STE COTIVOIRIENNE D'EQUIPEMENT PAOLI c/ N-BIAO, Le Juris Ohada n° 1/ 2007, p. 41, Ohadata J-08-73.

• Cour d'appel d'Abidjan, 4ème Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 971 du 18 novembre 2005, affaire Société SCIMI c/ Société Dalyna Traval Agency. Ohadata J-09-362.

- Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 550 du 27 mai 2005, affaire NOVAPLAST CI c/ BIAO-CI. Ohadata J-09-196.
- Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 92 du 31 janvier 2003, Dame Ghussein Fadiga Malick c/ Société Alliance Auto, Penant n° 872, p. 379, Observations de Robert ASSONTSA et Hervé Martial TCHABO SONTANG. Ohadata J-10-248.
- Cour d'appel d'Abidjan, Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 383 du 1er avril 2005, affaire Sté D.L.H. NORDISK c/ Sté HAIRDAR BOIS EXOTIQUE dite H.B.E., Le Juris-Ohada, n° 4/2006, p. 40. Ohadata J-07-35 ;
- Cour d'appel de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), Chambre commerciale, arrêt n° 014/08 du 12 novembre 2008, KABORE John Boureima, SIABY François, et KABORE Aimé c/ Henry DECKERS et Sté Belcot Sté Générale Burkina. Ohadata J-10-120.
- Cour d'appel de Bobo-Dioulasso, Chambre civile, arrêt n° 67 du 18 août 2008, EL Hadji BALIMA Lamoussa c/ BOA. Ohadata J-10- 123.
- Cour d'appel de Dakar, arrêt n°222 du 12 avril 2001, Abdoulaye DRAME es-qualité liquidateur de la Nationale d'Assurance c/ CBAO S.A Mamadou NDIAYE et 24 autres. Ohadata J- 06- 59 ;
- Cour d'appel de Dakar, arrêt n°261du 27 avril 2001, SCI TERANGE c/Abdoulaye DRAME. Ohadata J- 06- 114 ;
- Cour d'appel de Dakar, Chambre Civile et Commerciale 1, arrêt du 16 février 2001, MAREGEL c/ Sérigne Moustapha Mbacké Ohadata J-06-121. Voir Le Juris-Ohada, n°4/2002, octobre-décembre 2002, p. 43, note anonyme. Recueil de jurisprudence Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, n° spécial, janvier 2003, p. 31. Ohadata J-02-165.
- Cour d'appel de Dakar, Chambre Civile et Commerciale 1, arrêt du 09 février 2001, Abdoulaye Dramé es qualité de la Nationalité d'Assurances c/ Bassirou Diop. Ohadata J-06-122 ;
- Cour d'appel de Daloa, arrêt n° 115 du 28 juillet 2005, DBY c/ GVC WADAMA, Le JurisOhada n° 1, 2006, p. 39. Ohadata J-07-04.
- Cour d'appel de Lomé, arrêt n° 066/09 du 20 avril 2009, BIA-TOGO, Sté SICOME SARL, SAS-TOGO, Sté MIDNIGHT SUN SA, Sté BATIMEX-TOGO/UDECTO. Ohadata J-10-156 ;
- Cour d'appel de Lomé, arrêt n° 176/08 du 02 septembre 2008, BIA-TOGO c/ UDECTO SA. Ohadata J-10-160 ;
- Cour d'appel de Ouagadougou (Burkina Faso), Chambre commerciale, arrêt n° 099 du 05 mai 2006, BALLY Baba Saïd c/ BOA. Ohadata J-09-19.
- Cour d'appel de Ouagadougou (Burkina Faso), Chambre commerciale, arrêt n° 23 du 15 mai 2009, PAOLI Daniel Vincent et EBTPE c/ SGBB. Ohadata J-10-210.

- Cour d'appel de Ouagadougou, arrêt n°52 du 16 avril 2004, SOSACO/BATEC, BTM, Penant n° 860, p. 380, note Bakary DIALLO. Ohadata J-08-20 ;
- Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre civile et commerciale, arrêt n° 32 du 18 avril 2003, Banque commerciale du Burkina (B. C. B.) c/ Air Ivoire. Ohadata J-09-10.
- Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 101 du 05 novembre 2004, NABA Arsène c/ La Société DTP/CSE. Ohadata J-09-12.
- Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre Civile et Commerciale, arrêt n° 84 du 07 avril 2006, TAMBOURA Hamadoum c/ OUEDRAOGO Sibiri Joseph. Ohadata J-09-23.
- Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre civile, arrêt n° 094 du 04 mai 2007, Sté IFEX c/ SCPA TOU & SOME. Ohadata J-10-219 ;
- Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre Commerciale, arrêt n° 102 du 18 mai 2007, SANOU Mesmin c/ SGBB. Ohadata J-09-51.
- Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre sociale, arrêt n°33 du 16 avril 2002, FASO FANI c/ OUEDRAOGO Charles E. Valentin. Ohadata J- 07- 217 ;
- Cour d'appel de Zinder, Chambre judiciaire, arrêt n° 40.bis du 26 juillet 2007, liquidation O. c/ Me D. O. Ohadata J-09-171;
- Cour d'appel du Littoral à Douala, arrêt n° 45/REF du 19 janvier 2004, SFID-PFI c/ UCHEGBUSI Sylvestre. Ohadata J-06-188 ; Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Jugement n° 105/06 du 22 février 2006, YAMEOGO/NAPON Adams c/ TRAORE Aliou. Ohadata J-07-104.
- Cour d'appel du Littoral à Douala, arrêt n°115/CC du 25 avril 2003, Sté SOPARCA c/Centrale de Sécurité et de prestations. Ohadata J- 06- 163 ;
- Cour d'appel du Littoral, arrêt n° 144/CC du 03 septembre 2007, affaire Sté SAPPC SA c/ Sté FRIMO – SAM et autres. Ohadata J-07-199.
- Cour d'appel du Littoral, arrêt n° 175/REF du 27 octobre 2008, La Société OBA-SCI c/ Liquidation B.M.B.C., Observation Professeur Yvette Rachel KALIEU ELONGO, Ohadata J-10-267.
- Cour d'appel du Littoral, arrêt n° 95/REF du 15 mai 2006, affaire La Sté S.D.V Cameroun SA c/ Sté SACAM SARL. Ohadata J- 07- 176 ;
- Ordonnance n°135/08 du 06 mars 2008 du président du Tribunal de Commerce de Bamako portant suspension des poursuites individuelles et désignation d'expert sur requête de la Sté Industrielle des Produits Alimentaires, SUARL (SIPAL-SUARL). Ohadata J-08-49 ;
- Tribunal de Bamako, Ordonnance n° 886 du 26/11/2004, STA Mali, demande de règlement préventif, note Sobdibé Zoua, avocat. Note anonyme sur les voies de recours possibles contre cette Ordonnance. Ohadata J-08-17.

- Tribunal de Grande de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), Jugement n° 326 du 07 novembre 2001, Sté de Représentation et de Distribution de Produits Chimiques à usage Agricole c/ Sté F.S-SA. Ohadata J-07-212 ;
- Tribunal de Grande de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), Jugement n° 326 du 07 novembre 2001, Sté de Représentation et de Distribution de Produits Chimiques à usage Agricole c/ Sté A Cotee-d'Ivoire (ACS-CI), observations du Professeur ISSA SAYEGH. Ohadata J-07-208 ;
- Tribunal de Grande de Ouagadougou (Burkina Faso), Jugement n° 374/2005 du 06 juillet 2005, Sté Internationale Faso Export-SSA (IFEX-SA) c/ Bank of Africa (BOA). Ohadata J-07-229.
- Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), Audience du 22 novembre 2006, RG n° 309 du 27/12/2005, jugement n° 308 du 22/11/2006-Affaire : Assignation en liquidation des biens. Ohadata J-08-125 ;
- Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), jugement n° 106 du 18 avril 2007, Bank of Africa c/ BALIMA Lamoussa. Ohadata J-09-98.
- Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), jugement n° 244 du 09 août 2006, Requête aux fins de règlement préventif c/ Entreprise SOFACI. Ohadata J-09-92 ;
- Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), jugement n° 068 du 1er mars 2006, Bank of Africa et Financière du Burkina c/ SOPROFA et SODEGRAIN. Ohadata J-09-84 ;
- Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), jugement n° 016 du 04 juin 2008, Entreprise SANGA SARL. Ohadata J-09-102 ;
- Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), jugement n° 018 du 04 juin 2008, SARL TARA. Ohadata J-09-101;
- Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), jugement n° 248 du 09 août 2006, Belcot Société Générale (BSGB-SARL). Ohadata J-09-94 ;
- Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), jugement n° 308 du 22 novembre 2006, BOA & FIB c/ SOPROFA & SODEGRAIN SARL. Ohadata J-09-85;
- Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso (Burkina Fasso), jugement n° 074 du 15mars 2006, SOMDA Jean Chistophe c/ Banque Commerciale du Burkina. Ohadata J-09-86.
- Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso, Juge des référés, Ordonnance du 28 avril 2006, affaire Héritiers KOTE Youssouf c/ BICIA-B. Ohadata J-08- 128.
- Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso, Juge des référés, Ordonnance du 10 février 2006, affaire KOTE Daouda et autres c/ Banque internationale pour le commerce, l'industrie et l'agriculture du Burkina (BICIA-

B). Observations Professeur ISSA SAYEGH. Ohadata J-09-86. Voir Ohadata J-08-126.

- Tribunal de grande instance de Bobo-Dioulasso, Jugement n° 298 du 29 décembre 2004, Sté SENEFURA SAHEL, Sté Adventis Grop Science, Sté ALM International et S.N.T.B. c/ SOPAGRI-SA. Ohadata J-09-62.
- Tribunal de grande instance de Douala-Bonanjo, Ordonnance n° 251 du 29 juin 2006, affaire OMAIS KASSIM c/ La Société S.D.V. CAMEROUN SA, note Jean GATSI et Willy James NGOUE. Ohadata J-07-81.
- Tribunal de grande instance de Ouagadougou (Burkina Faso), Jugement n° 424/2005 du 28 septembre 2005, L'entreprise DIBGOLONGO Boureima c/ NARE Mouini et NABOLE Rosalie. Ohadata J-07-106.
- Tribunal de grande instance de Ouagadougou (Burkina Faso), Jugement n° 207/2005 du 20 avril 2005, China International Water and Electric Corporation (CWE) c/ Bureau d'Etude des Mines et eaux Souterraines (BEMES). Ohadata J-07-138 ;
- Tribunal de grande instance de Ouagadougou (Burkina Faso), Jugement n° 316/2005 du 22 juin 2005, Sté GIB-CACI-B c/ Banque Internationale du Burkina (BIB). Ohadata J-07-225 ;
- Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n° 053/2005 du 16 février 2005, NIKIEMA Arouna c/ Programme National d'Appui à la Réinsertion des Travailleurs des Déflatés (PNAR-TD). Ohadata J-07-227.
- Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n° 061/08 du 26 mars 2008, SAVADOGO Wéfo Adama et GOUO Seydou c/ Banque internationale pour le commerce, l'industrie et l'agriculture du Burkina (BICIA-B). Ohadata J-09-379.
- Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n° 470/2005 du 23 novembre 2005, SEBGO Moumouni c/ La Promotion de Développement Industriel, Artisanal et Agricole (PRODIA). Ohadata J-07-109.
- Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n° 038/07 du 25 avril 2007, Banque Agricole et Commerciale du Burkina (BACB) & Direction du Contentieux de l'État (D.AC.R.) c/ Sté FLEX FASO. Ohadata J-09-374.
- Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Jugement n° 101/2005 du 02 mars 2005, Michel S. SANOU Syndics liquidateurs de la SOREMI c/ La Société OSCAR Industries LTD International (Headquarier Company). Ohadata j-07-232.
- Tribunal de grande instance de Ouagadougou, Jugement n° 101/2005 du 02 mars 2005, Michel S. SANOU Syndics liquidateurs de la SOREMIB c/ La Sté OSCAR Industries LTD International (Headquarier Compagny). Ohadata J-07-232.
- Tribunal de grande instance de Ouagadougou, jugement n°27 du 14 mars 2007, redressement judiciaire de la Sté ZST- Transport. Ohadata J- 09-388.

- Tribunal de grande instance de Yaoundé, jugement civil n° 262 du 9 janvier 2003, affaire STANDARD CHARTERED c/ MANGA EWOLO André, Observations Professeur Yvette KALIEU. Ohadate J-08-124 ;
- Tribunal de grande instance du Mfoundi, Jugement Civil n° 516 du 28 mai 2003, affaire Amougou Kono c/ BICEC. Ohadata J-08-111.
- Tribunal de grande instance du Mfoundi, jugement n° 404/CIV du 28 mars 2005, affaire Pitambert Ladharam Asnani (demandeur) Maître Kamdem Matchouandem c/ Mme Epane Mboumdja Julienne (défenderesse). Observations Professeur Yvette KALIEU. Ohadata J-08-112.
- Tribunal de grande instance du Moungo, jugement n° 32/CIV du 17 avril 2008, affaire Madama FANKOU SIMO c/ La Sté FARMER'S SAVINGS AND INVESTMENT COMPANY (F.S.I.C.), note Professeur Yvette KALIEU ELONGO. Ohadata J-09-247 ;
- Tribunal de grande instance du Moungo, Jugement n°/CIV du 08 mai 2007, affaire La Sté BERARDI-CAM c/ ALKO SARL, CNPS et autres. Note Professeur Yvette KALIEU. Ohadata J-07-146 ;
- Tribunal de grande instance du Moungo, Jugement n°01/CC du 11 avril 2006, La Sté Lachanas Frères Transport c/ Qui de droit. Ohadata J-07-181 ;
- Tribunal de grande instance du Moungo, jugement n°48/Civ. du 21 juillet 2005, affaire Nji Pepouna Amadou, l'ex personnel des établissements Gortzounian, la Caisse Nationale de Prévoyance Sociale c/ Les Etablissements Gortzounian. Ohadata J-07-184 ;
- Tribunal de grande instance du Moungo, Ordonnance n° CA/PTGI/N'SBA du 09/11/2005, affaire La Sté LACHANAS. Ohadata J-07-182 ;
- Tribunal de Grande instance du Noun, Jugement n° 21/CIV/Tribunal de Grande instance/2006-2007, affaire SDV Cameroun c/SOCIETE D'EXPLOITATION FORESTIERE du NOUN (SEFN), note Professeur Yvette KALIEU. Ohadata J-09-242.
- Tribunal de première instance de Bouaflé, jugement n° 113 du 28 juillet 2005, affaire ADJEBI YOUAN Celestin c/ GVC WADAMA. Ohadata J-09-204.
- Tribunal de première instance de Cotonou, 1ère chambre civile moderne, jugement de défaut n° 21/03- 1ère CCIV du 16 avril 2003, OCKEY Gérard c/ SOUMANOU Mounirou et SOUMANOU KELANI Chakiratou. Ohadata J- 06-151.
- Tribunal de première instance de Daloa, Jugement n°53 du 28 mai 2006, jugement civil contradictoire affaire : Idrissa Koné c/ Kadjo André. Ohadata J-08-40.
- Tribunal de Première instance de Douala- Ndokoti, Jugement n°09/COM du 12 juin 2003, affaire MUSI GOLFRED NJOH c/ KEMGO Richard (Représentant de NDOMBEU Gabriel). Ohadata J-07-205;

- Tribunal Hors Classe de Dakar, jugement civil n°112 du 12 novembre 2004, affaire : Abdourahmane NDIR c/ La Sté HOLDING GUY GUI SA. Ohadata J-09-327 ;
- Tribunal hors classe de Dakar, Jugement commercial n° 42 du 11/07/2003. Affaire : La Sté FROID CLIMATIC c/ Compagnie AIR AFRIQUE. Ohadata J-09-339 ;
- Tribunal hors classe de Dakar, jugement n° 88 du 23 avril 2004, SOSEPRIM c/ Sté SERVICE FRUITS IMPORT EXPORT. Ohadata J-06-168 ;
- Tribunal Régional Hors classe de Dakar, Jugement n° 127 du 28 janvier 2005, L'Agence Conseil en Marketing et Communication dite « OPTIMA » c/ La Société Africa Investissement Sénégal brasseries dite « AISB ». Ohadata J-06-171;
- Tribunal Régional Hors classe de Dakar, Jugement commercial n° 099 du 23juillet 2004. Affaire : Société SOTIBA SIMPAFRIC. Ohadata J-09-342 ;
- Tribunal Régional de Niamey (Niger), Jugement civil n° 141 du 7 mai 2003, affaire El Hadji Mamane Zinguile c/ COMANI et Youssou Bachirou, syndic de liquidation. Ohadata J-09-118;
- Tribunal Régional de Niamey, jugement civil n° 301 du 02 octobre 2002, affaire liquidation des biens CACI. Ohadata J-09-116 ;
- Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Audience spéciale de procédure collective de 27 mars 2005 – Penant n° 870, p. 113, note Bakary DIALLO, Avocat au Barreau de Paris. Ohadata J-10 -106 ;
- Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement commercial n° 055 du 12 décembre 2003, affaire : Sté Africaine de Sondages, Injection Forages (SASIF) c/ Entreprise d'Export Import de Commerce et de Représentation (EEXIMCOR). Observations du Professeur ISSA SAYEGH. Ohadata J-09-328 ;
- Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement commercial n° 077 du 12 mars 2004, affaire : Sté Industrielle de Confection Sénégalaise dite « SICS ». Ohadata J-09-336 ;
- Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement commercial n° 080 du 09 avril 2004, affaire Sté Samir ABOURIZK. Ohadata J-09-323 ;
- Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement commercial n° 099 du 23 juillet 2004, affaire : Sté SOTIBA SIMPAFRIC. Ohadata J-09-342.
- Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement commercial n° 124 du 14 janvier 2005, affaire : Sté Nationale de Recouvrement dite « S.N.R. » c/ Entreprise Sénégalaise de Rotin dite E.S.R. et autres. Ohadata J-09-331 ;
- Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement commercial n° 135 du 11 mars 2005, affaire Sté PROMEL SA. Ohadata J-09-338 ;
- Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement commercial n° 133 du 11 mars 2005, affaire : Sté SENELAC SA. Ohadata J-09-332 ;

- Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement commercial n° 145 du 10 juin 2005, affaire : Sté Générale de Banques au Sénégal dite « S.G.B.S. » c/ Sté MT Galerie SARL. Ohadata J-09-334 ;
- Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement commercial n° 2227 du 08 janvier 2004, affaire Sté CENE-EXPORT c/ GENEQUIPT. Ohadata J-09-335.
- Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement commercial n° 63 du 26 juin 2003, affaire Sté TOULOUR SENEGAL SARL R/DG c/ la Sté EAGLE. Ohadata J-09-341.
- Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, jugement n° 93 du 11 juin 2004 sur requête aux fins de règlement préventif du complexe MBAYANG SARL. Ohadata J-06-170.
- Tribunal régional hors classe de Niamey, Audience publique ordinaire, jugement civil n° 301 du 02 octobre 2002, affaire : liquidation des biens C.A.C.I. Ohadata J-09-173 ;

2. HORS DE L'ESPACE OHADA

- Arrêt de la cour de cassation française rendu en date du 28 janvier 1930, *Gaz-Pal*, 1930, 1.550 ; RTD Civ, 1930, 36, obs. DEMOGUE
- CA versailles, 12e ch, 17 septembre 1998, ROBIALLE C/SA BNP, *Bull Joly* 1999, p. 245, note COURET.
- Cass. Com 17 juin 1997, n° 95-14. 105, *JCP, éd. E* 1997 II, n° 1007, note LEGEAIS
- Cass. Com, 28 janvier 1930, *Gaz-Pal*, 1930, 1.550 ; *RTD Civ*, 1930, 36, Obs. DEMOGUE
- Cass.ch. Mixte, 2 décembre 2005, n° 03-18-210 : Juris-data n°031111 ; *JCP* 2005, II, 10183, note SIMLER ; *D* 2006, 722, note AYNES et avis J. SAINTE-ROSE.
- Rouen, 10 mars 1981, *Rev. Jurisp. Com*. 1982. 153, note J. MESTRE : D. 1982. 391, note P. AMSELEK ; *Rev. Trim. Dr. Com*. 1982. 468. obs. Ph. MERLE, Banque 1982. 1137, obs. J.F. MARTIN ; *Rev. Franc . Compta.,* 1982. 40. obs. A. VIANDIER. *D*. 1981. IR, p. 337; obs. M. VASSEUR.
- TOULOUSE 4 mars 1997 : *Rev. Poc. Coll*. 1998, 299, n°17 ; Obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.
- Versailles, 26 septembre 2006, Crédit Lyonnais C/SAS White ; Juris-Data n°321095, *RTD Com*., avril-juin 2007, p.429. Obs. LEGEAIS.

E. LEGISLATION

- Code civil camerounais, 5ème édition, PUL, Douala, novembre 2012.
- Code civil, 99e édition, Paris, Dalloz, 2000.
- Code de Commerce français, 93e édition, Dalloz, 1997-1998.
- Code de l'organisation judiciaire, 6ème édition, PUL, Douala, janvier 2014, 134 pages.
- Code de travail camerounais annoté, sous la direction du Professeur Paul-Gérard POUGOUE, Yaoundé, PUA, 1997, 540 pages.
- Convention du 16 octobre 1990 portant création d'une Commission Bancaire de l'Afrique Centrale.
- Convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les États de l'Afrique Centrale.
- du Règlement COBAC EMF 2002/21 du 15 avril 2002 relatif aux formes juridiques liées à chaque catégorie d'EMF
- Loi française n°2005/845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises.
- Loi française n°85/98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.
- Loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes Uniformes.
- Loi n°2010/001 du 13 avril 2010 portant promotion des petites et moyennes entreprises au Cameroun.
- Loi n°99/016 du 22 décembre 1999 portant statut général des établissements publics et des entreprises du secteur public et parapublic
- Loi no 2010/020 du 21 décembre 2010 portant organisation du crédit-bail au Cameroun
- Loi no 2014/006 du 23avril 2014 régissant l'activité d'affacturage au Cameroun
- Loi no 99/015 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier
- OHADA, Traité et Actes Uniformes commentés et annotés, 4e édition, Juriscope 2014.
- Ordonnance n°85/002 du 31 août 1985 relative à l'exercice de l'activité des établissements de crédit modifiée et complétée par la Loi n°88/006 du 15 juillet 1988 et la Loi n°90/019 du 10 août 1990.
- Règlement CEMAC no 1/99/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles modifié par Le Règlement CEMAC no 12/05/UEAC-CM-639 du 25 juin 2005

- Règlement COBAC EMF 2002/ 07 du 15avril 2002 relatif à la couverture des risques
- Règlement COBAC EMF 2002/ 08 du 15avril 2002 relatif à la division des risques
- Règlement COBAC EMF 2002/02 du 15avril 2002 relatif la limitation des opérations autorisées à titre accessoire
- Règlement COBAC EMF 2002/04 du 15avril 2002 relatif aux fonds propres nets
- Règlement COBAC EMF 2002/09 du 15avril 2002 relatif à la couverture des immobilisations
- Règlement COBAC EMF 2002/10 du 15avril 2002 relatif aux engagements des établissements de microfinance en faveur de leurs actionnaires, administrateurs, dirigeants et personnel
- Règlement COBAC EMF 2002/14 du 15avril 2002 relatif à la liquidité des établissements de microfinance
- Règlement COBAC EMF 2002/16 du 15avril 2002 relatif à la prise de participation des établissements de microfinance
- Règlement COBAC R-2001/02 relatif à la couverture des risques des établissements de crédit.
- Règlement COBAC R-2001/03 relatif à la division des risques des établissements de crédit.
- Règlement COBAC R-93/06 relatif à la liquidité des établissements de crédit.
- Règlement COBAC R-93/11 relatif aux participations d'établissements de crédit dans le capital d'entreprises.
- Règlement n°4/2002/CM/UEMOA du 23 mars 2002 relatif aux aides d'État à l'intérieur de l'UEMOA,
- Règlement n°4/99/UEAC-CM-639 du 18 Août1999 portant réglementation des pratiques étatiques affectant le commerce entre les États membres.
- Règlement nº01/02/CEMAC/UMAC/COBAC du 13 avril 2002 relatif aux conditions d'exercice et de contrôle de l'activité de microfinance dans la CEMAC

II. INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Abandon :
D'une créance : 354 et s.
D'un dividende : 360
D'un solde de compte courant d'associé : 361 et s.
De salaires : 364 et s.

Abus :
De confiance : 157, 158
De majorité : 323
De minorité : 323, 695

Acceptation : 217, 504, 506

Accréditif : 486, 511

Acquéreur : 39 et s.
Sous- : 671 et s.

Action : 16, 259 et s., 267 et s., 280 et s.,
En comblement du passif : 633 et s., 638 et s.
Oblique : 332
Paulienne : 331
Personnelle (caution) : 405, 413, 507
Subrogatoire : 405

Affacturage : 493 et s.

Aide (s)
au développement : 614 et s.
d'État : 593 et s.
incompatibilité des – publiques : 596 et s., 619 et s.
légitime : 623 et s.

Appel public à l'épargne : 273, 287, 293, 697 et s., 702 et s.

Apport
En jouissance : 333 et s., 691
En propriété : 330, 691
En usufruit : 333
En nature : 327 et s., 691 et s.
En numéraire : 267 et s., 687 et s.

Apurement du passif : 52 et s., 61

Assemblée
Concordataire : 40 et s.
Générale extraordinaire : 276 et s., 293 et s., 311, 340 et s., 702 et s.
D'obligataires : 711 et s.

Associé : 168 et s., 236 et s., 248 et s., 261 et s., 305 et s., 315 et s., 359 et s.

Augmentation du capital : 263 et s., 687 et s.

Aval : 504 et s.

Avance en compte courant : 168 et s.

B

Banque : 14

Banquier : 272 et s., 442 et s., 449 et s., 464 et s., 489 et s., 499 et s., 514 et s., 576 et s., 579 et s.

Banqueroute : 183 et s., 449 et s.

Bénéfice(s) : 99, 317 et s., 359 et s.
- de discussion/division : 410 et s.

Blocage de fonds en compte : 193 et s., 219 et s., 246 et s.

Bonne foi : 119 et s.,

C

Capital social : 264 et s., 686 et s.

Capitalisation : 178 et s.

Cautionnement : 374 et s.
Bancaire : 501 et s.
Cause du - : 391 et s.

Cessation des paiements : 3, 185 et s., 450 et s.

Cession
D'actifs : 30 et s.
D'antériorité : 198 et s., 222 et s.
De contrôle : 259
De créance : 213 et s., 259 et s.
Partielle : 32 et s.
Totale : 69 et s.
Clause
De réserve de propriété : 555, 670
De dernier rang : 199
Comblement du passif : 446 et s.
Commissaire
Juge- : 81
Aux apports : 338 et s.
Aux comptes : 276 et s.
Commission bancaire : 434 et s.
COBAC : 434 et s.
Compensation : 460
Compte courant d'associé : 168 et s.
Conciliation : 5 et s.
Concordat : 33 et s., 75 et s., 453 et s.
Offre de - : 35 et s., 453 et s.
Concurrence : 627 et s.
Conseil d'administration : 387
Contrats en cours : 128 et s., 429, 523
Contrôle
Des aides d'États : 604 et s.
Prudentiel : 434 et s.
Des conventions : 245
Créances :
À terme : 489
Salariales : 141
Créancier (s) : 254 et s., 451 et s.
De la masse : 129, 142
Hors masse : 142
Postérieur : 666 et s.
Réservataire : 670 et s.
Masse des - : 142, 379 et s., 579 et s., 710 et s.
Renonciation du - : 357 et s.
Crédit (s) : 664 et s.
Consortiaux : 527 et s.
Fournisseur : 662 et s.
De mobilisation des créances commerciales : 496 et s.
Par signature : 499 et s.
Documentaire : 508 et s.
De campagne : 484 et s.
D'investissement : 515 et s.
Par décaissement : 476 et s.
D'exploitation : 475
Crédit-bail : 519 et s.
immobilier : 524 et s.
mobilier : 522 et s.

D
Déclaration :
D'incompatibilité : 619 et s.
De créance : 549
Notariée de souscription : 690 et s.
Découvert : 479
Délai de paiement : 452 et s., 664 et s.
Délégation imparfaite : 216 et s.
Détournement d'actifs : 184 et s.
Dirigeant : 374 et s.
De fait : 574 et s.
Dividende (s) : 359 et s., 695
Fictifs : 348
Droit préférentiel de souscription : 280 et s., 309 et s.

E
Effet de commerce : 504 et s.
Emprunt obligataire : 697 et s.
Entreprise en difficultés : 3 et s.
Établissement
de crédit : 437 et s.
de microfinance : 644 et s.

F
Financement
Direct : 171 et s.
Externe : 427 et s.
Indirect : 191 et s.
Informel : 672 et s.
Interne : 26 et s.
Fonds

Propres : 369 et s.
En compte : 193 et s., 235 et s.
Fournisseur : 668 et s.

G
Gage : 201 et s.
Général : 472 et s.
Garantie autonome : 502 et s.

H
Homologation : 46 et s.
Hypothèque : 463

I
Infraction : 157 et s., 183 et s., 308, 311 et s., 325, 449 et s., 695
Inopposabilité
des exceptions : 507
de la période suspecte : 227 et s., 251
Insuffisance d'actif : 558, 633 et s.

J
Juge
Administratif : 638
Judiciaire : 636 et s.

L
Liquidateur : 325 et s. 696 et s.
Liquidation des biens : 551 et s.
Location-gérance : 89 et s.
Redevance : 98 et s.

M
Marché
financier : 697 et s.
commun : 595 et s.
Mauvaise foi : 104 et s.
Mention manuscrite : 395 et s.
Monopole bancaire : 236, 239, 240
Nantissement : 201 et s., 226 et s., 284 et s.

N
Norme
D'équilibre : 438, 648
De liquidité : 437, 648
Prudentielles : 435 et s., 527 et s., 647 et s.
De solvabilité : 436, 648

O
Obligation
D'information : 416 et s.
De non-ingérence : 573 et s.
Convertibles : 313
Ordre public :50, 698

P
Passif exigible : 3, 373
Patrimoine
De la caution : 150
Social : 183
Du débiteur : 331 et s.
Personnalité juridique : 710 et s.
Poursuite de l'exploitation : 36, 253, 551
Pouvoirs publics : 539 et s.
Préjudice : 113 et s., 155 et s., 448
Prêt : 162 et s.
Prime d'émission : 307 et s.
Privilège (s)
D'argent frais : 256 et s., 532 et s.
Généraux : 42, 365
Spécial : 53
Super- : 365
Prix
De cession : 39, 49, 52 et s., 80 et s.
De vente : 556
Publicité : 294, 304

R
Rationnement du crédit : 439 et s.
Reconstitution des fonds propres : 351, 369 et s.
Recours
Des créanciers: 145, 146 et s., 150 et s.
De la caution : 404 et s., 413 et s.
Contre le locataire-gérant : 153 et s.
Redressement : 455 et s.

Judiciaire : 30 et s., 125 et s.
Règlement préventif : 50, 139, 186
Remise
De dette : 41, 53 et s., 453
Du titre : 205 et s.
Renonciation
À l'égalité chirographaire : 198 et s.
au droit préférentiel de souscription : 290 et s.
à l'exercice d'un droit : 353 et s.
Repreneur : 60 et s., 74, 83 et s.
Résolution du contrat : 103 et s., 122 et s.
Responsabilité
De l'État : 634 et s.
Civile : 154 et s., 322, 422 et s., 578, 694
Pénale : 157 et s., 311 et s., 328 et s., 348, 449 et s.
Rupture abusive du crédit : 442 et s., 570

S
Salarié : 57, 141 et s., 364 et s.
Sécurité : 457 et s., 467 et s., 495, 509, 583 et s.
Société
À responsabilité limitée : 238
Anonyme : 701 et s.
À capital public : 9
De personnes : 263
De capitaux : 370
Par actions simplifiées : 279, 303
Solde créditeur : 259 et s., 361 et s.
Soutien abusif : 183, 261 et s., 522 et s., 632
Subvention : 599
Sûreté
Personnelles : 461 et s.
Réelles : 462 et s.
Réelles spéciales : 32, 41, 49, 52, 82 et s., 453
Syndic : 44, 76, 81, 127 et s., 132 et s., 447 et s., 540 et s.

T
Tontine : 674 et s., 678 et s., 682 et s.
Transparence : 615
Tribunal : 36 et s., 46, 58 et s., 65

V
Valeurs mobilières : 277, 697
Vérification des créances : 135, 549
Vote
Du concordat : 41 et s.
Droit de - : 316 et s., 323 et s., 340 et s., 693 et s., 695 et s., 712

III. TABLE DES MATIERES

DÉDICACE ..... ***ii***

REMERCIEMENTS ..... ***iii***

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ..... ***iv***

RÉSUMÉ ..... ***viii***

ABSTRACT ..... ***ix***

SOMMAIRE ..... ***x***

INTRODUCTION GÉNÉRALE ***1***

PREMIÈRE PARTIE. LE FINANCEMENT INTERNE : MOYEN DE FINANCEMENT EFFICACE MAIS LIMITÉ DANS SON ENCADREMENT ***23***

TITRE I. LES TECHNIQUES DE FINANCEMENT PROPRES À L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉS ***26***

CHAPITRE 1. LES CESSIONS D'ACTIFS : SOLUTION HEUREUSE DE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS ***28***

SECTION 1. LA CESSION PARTIELLE D'ACTIF : UNE MESURE DE REDRESSEMENT 31

§1. La nécessité du respect des conditions du concordat avec cession partielle d'actif 32

A. Les conditions d'offre 33

B. Les conditions de vote 36

C. Les conditions d'homologation 39

§2. Les avantages de la cession partielle d'actif 42

A. Les avantages de la cession pour l'entreprise en difficultés 43

1. L'apurement du passif de l'entreprise en difficultés 43

2. La restructuration de l'entreprise en difficultés 45

B. les avantages accordés au repreneur partiel 47

1. Les avantages juridiques et économiques 48

2. Les avantages fiscaux et financiers 52

SECTION 2. L'INTÉGRATION DE LA CESSION GLOBALE D'ACTIF COMME SOLUTION DE REDRESSEMENT 54

§1. Les raisons de l'intégration de la cession globale d'actif comme mesure de redressement 56

A. La quasi-identité de la réglementation de la cession partielle et la cession globale d'actif 56
B. Les avantages de la cession globale d'actif dans le redressement d'une entreprise en difficultés 57
§2. La réglementation de la cession globale d'actif dans le redressement judiciaire 58
A. Les conditions de la cession globale d'actif 59
B. Les effets de la cession globale d'actif 60
1. Les effets de la cession à l'égard de l'entreprise en difficultés 61
2. Les effets de la cession redressement sur le repreneur 62
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 65
CHAPITRE 2. LA LOCATION-GÉRANCE : MODE DE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS 66
SECTION 1. LA GARANTIE DE LA REDEVANCE : CONDITON ESSENTIELLE DE LA LOCATION-GÉRANCE 69
§1. La redevance dans la location-gérance 70
A. Les caractères de la redevance 70
1. Les caractères réel et sérieux 70
2. Le caractère déterminé 71
B. Les modalités de fixation et de révision du montant de la redevance 72
1. La fixation conventionnelle du montant de la redevance 72
a. La libre négociation du montant de la redevance par les parties 73
b. Le recours au tiers 73
2 . La révision du montant de la redevance 74
§2. La résiliation du contrat de location-gérance pour non paiement de la redevance 75
A. L'inexécution de mauvaise foi 75
1. L'exigence de la preuve de la mauvaise foi 76
a. La charge de la preuve 76
b . Les modes de preuve prescrits 77
2. Les sanctions de l'inexécution de mauvaise foi 79
a. La résiliation du contrat de location-gérance 79
b. La condamnation pécuniaire 80
i. Les intérêts moratoires 80
ii. Les dommages-intérêts 81
B. L'inexécution de bonne foi 84

1. La preuve de la bonne foi ? 85
2. L'incidence de la bonne foi contractuelle 85
a. La résiliation du contrat 85
b. L'exclusion des sanctions 86
SECTION 2. L'IMPACT DE LA REDEVANCE SUR LE REDRESSEMENT DE L'ENTREPRISE 87
§1. La contribution au sauvetage de l'entreprise 88
A. La redevance, moyen de fourniture de la prestation par le syndic 88
1. La place de la prestation promise dans la continuation des contrats en cours 88
2. Le caractère indispensable des contrats en cours 90
B. La redevance facilitatrice de la gestion de l'entreprise en redressement judiciaire 92
1. La facilitation des opérations de redressement 92
2. La préservation des emplois 93
§2. La contribution à l'apurement du passif 95
A. Le désintéressement des créanciers de l'entreprise en location-gérance 96
1. Le règlement des créances salariales 96
2. Le désintéressement des autres créanciers de l'entreprise 97
B. Le recours des créanciers contre les débiteurs 99
1. Le recours contre la caution 99
a. Le paiement des redevances échues par la caution 100
b. Le recours contre les héritiers de la caution 101
2. Le recours contre le locataire-gérant 103
a. La responsabilité civile du locataire-gérant 103
b. La responsabilité pénale du locataire-gérant 104
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 107
CONCLUSION DU TITRE I 109
TITRE II. LE RECOURS AUX ACTEURS DE LA VIE SOCIÉTAIRE 110
CHAPITRE 1. LES TECHNIQUES DE FINANCEMENT INTERNE PRIVILEGIÉES 112
SECTION 1. LES AVANCES EN COMPTE COURANT : UN FINANCEMENT SOUPLE AUX CONTRAINTES MÉCONNUES 113
§1. L'efficacité des avances en compte courant 114
A. Les avances en compte courant dans le financement direct de l'entreprise en difficultés 115

1. Les avances en compte courant : un prêt consenti à l'entreprise 115
a. Les avantages du prêt pour l'entreprise en difficultés 116
b. Les avantages des avances en compte courant pour le prêteur 118
2. La capitalisation des avances en compte courant 119
3. Les risques inhérents aux avances en compte courant dans le financement direct de l'entreprise en difficultés. 121
B. Les avances en compte courant dans le financement indirect de l'entreprise en difficultés 126
1. Les avances en compte courant condition d'obtention des crédits bancaires par un aménagement conventionnel des obligations du titulaire du compte. 127
a. Le blocage des fonds en compte 127
b. La renonciation à l'égalité chirographaire 129
2. Les avances en compte, garantie des crédits bancaires 131
a. Le nantissement du solde du compte 131
b. L'affectation de la créance à la garantie des prêts bancaires par les techniques juridiques de transmission des créances 137
i. La cession de créance à titre de garantie 138
ii. La délégation imparfaite 139
§2. La réglementation souhaitable du compte courant d'associé 146
A. La prévision des règles régissant le compte courant d'associés 146
1. La validité du compte courant d'associé 147
a. Le respect du droit bancaire 147
i. La réception des fonds en comptes 147
ii. Les avances en compte d'associés 151
b. Le respect du droit des sociétés 153
2. La convention de blocage 154
B. La prise en compte des risques inhérents aux avances en compte courant : la protection des titulaires des comptes. 155
1. Le droit au remboursement immédiat 156
2. La reconnaissance de la qualité de créancier aux titulaires des comptes 158
3. L'instauration du privilège « *d'argent frais* » au profit des titulaires des comptes 159
4. Le rachat du solde créditeur en cas de cession de contrôle 160
5. L'encadrement de la responsabilité civile de l'associé titulaire du compte courant 161

SECTION 2. L'AUGMENTATION DU CAPITAL, TECHNIQUE DE FINANCEMENT COURANTE ET INTÉRESSANTE 161
§1. L'augmentation du capital par souscription en numéraire, moyen de financement principal 165
A. La mise en œuvre de l'augmentation du capital par souscription en numéraire 166
1. Les préalables à l'augmentation du capital par souscription en numéraire 167
a. La libération intégrale du capital antérieurement souscrit 167
b. La décision d'augmentation de capital par l'organe compétent 168
2. Le droit préférentiel de souscription des anciens actionnaires 171
a. L'exercice du droit préférentiel de souscription 173
b. La suppression du droit préférentiel de souscription 175
c. La suspension du droit préférentiel de souscription 177
d. La renonciation individuelle au droit préférentiel de souscription 178
3. La réalisation de l'augmentation du capital par souscription numéraire 180
a. La publicité préalable à l'ouverture de la souscription 180
b. La souscription et la libération des actions nouvelles 182
4. La modification des statuts et la publicité consécutive à l'augmentation du capital 186
B. La protection de l'associé apporteur en numéraire 187
1. La protection de l'associé éventuellement apporteur pendant l'augmentation de capital 188
a. L'exigence de la prime d'émission 188
b. La protection des bénéficiaires du droit préférentiel de souscription 190
2. La protection de l'associé apporteur après l'augmentation de capital 192
a. Les droits de l'associé apporteur 193
b. Les sanctions à la violation des droits de l'associé apporteur. 195
§2. L'augmentation de capital par voie d'apports en nature, moyen de financement complémentaire 198
A. La pertinence de l'apport en pleine propriété 200
1. L'apport en pleine propriété et l'apport en jouissance 200
2. Les apports en pleine propriété dans le financement des entreprises en difficultés 203
B. La régularité de la procédure 203
1. La conclusion du contrat d'apport 204

2. L'intervention du commissaire aux apports 204
3. La délibération de l'organe compétent 206
C. La protection de l'apporteur en nature 208
1. Les droits de l'apporteur en nature 208
2. Les sanctions à la violation des droits de l'apporteur en nature 209
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 211
CHAPITRE 2. LES TECHNIQUES DE FINANCEMENT INTERNE SECONDAIRES 213
SECTION 1. LA RENONCIATION À L'EXERCICE D'UN DROIT 213
§1. Les hypothèses de renonciation à l'exercice d'un droit 214
A. L'abandon d'une créance 214
1. La créance, un élément du passif de l'entreprise en difficultés 215
2. La renonciation du créancier à se prévaloir de sa créance 216
B. L'abandon d'un dividende 216
1. Le dividende, un bénéfice attribué à l'associé 217
2. L'abandon du dividende par l'associé 217
C. L'abandon du solde d'un compte courant d'associé 218
§2. L'impact de la renonciation sur l'entreprise en difficultés 222
A. La reconstitution des fonds propres 222
B. Le sauvetage de l'entreprise en difficultés 224
SECTION 2. LE CAUTIONNEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS PAR LEURS DIRIGEANTS OU PAR LEURS ASSOCIÉS 225
§1. La nécessité du respect des conditions de validité du contrat de cautionnement 226
A. L'existence d'un consentement exempt de vice 227
B. La capacité et les pouvoirs de conclure un cautionnement 231
C. L'objet du cautionnement : la dette du débiteur en difficultés. 234
D. La cause du cautionnement : l'obtention du crédit 235
§2. L'étendue du cautionnement, élément déterminant dans l'octroi du crédit à l'entreprise en difficultés 237
A. Le montant du cautionnement 237
B. La durée du cautionnement 240
§3. Les effets du cautionnement 241
A. Les effets du cautionnement sur l'entreprise en difficultés 242
1. L'obtention du crédit 242

2. Le recours de la caution 243
B. Les effets du cautionnement sur la caution 246
1. L'exécution de l'obligation par la caution simple 247
2. L'exécution de l'obligation par la caution solidaire 248
3. Le recours de la caution solvens contre les cofidéjusseurs 249
C. Les effets du cautionnement sur le créancier 251
1. L'obligation d'information de la caution 251
2. La responsabilité du créancier 253
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 256
CONCLUSION DU TITRE II 258
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE 259
DEUXIÈME PARTIE. LE FINANCEMENT EXTERNE: MOYEN DE FINANCEMENT LARGEMENT ENCADRÉ ET LIMITÉ DANS SA MISE EN ŒUVRE . 260
TITRE I. LE FINANCEMENT BANCAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS 263
CHAPITRE 1. LE CARACTÈRE RESTRICTIF DU FINANCEMENT BANCAIRE . 265
SECTION I. LES RAISONS DE LA RESTRICTION DU FINANCEMENT BANCAIRE 266
§1. Les contraintes réglementaires 266
A. L'édiction des normes de gestion 267
1. Les normes prudentielles imposées aux établissements de crédit 267
2 . Le rationnement du crédit 270
B. La responsabilité du banquier en raison des concours aux entreprises en difficultés 271
1. La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficultés 272
2. La responsabilité pénale du banquier, complice de banqueroute 279
C. La question des délais de paiement imposés 281
1. Le banquier face aux délais imposés 282
2. La recherche du redressement : justificatif légal des délais imposés. 283
§2. L'exigence justifiée des garanties dans l'octroi du crédit 284
A. Le caractère quasi impératif des garanties dans l'octroi du crédit 285
1. La garantie, instrument de financement des entreprises en difficultés 286
2. L'importance de la garantie pour le pourvoyeur de crédit 291
B. L'impact de la garantie sur le financement 293

1. La limitation du crédit à la garantie octroyée 293
2. La possibilité d'octroi du crédit en l'absence de garantie 295
SECTION 2. LES TECHNIQUES BANCAIRES UTILISÉES 296
§1. Les crédits d'exploitation : outils par excellence de financement des difficultés passagères de trésorerie 296
A. Les crédits par décaissement 297
1. Les crédits sans mobilisation des créances 297
a. Le découvert, technique par excellence de financement des besoins de roulement 298
b. Les facilités de caisse : palliatifs aux décalages de trésorerie de très court terme 299
c. Le crédit de campagne : technique de financement spécialisée 300
d. L'accréditif dans le financement d'une entreprise en difficultés 301
2. Les crédits mobilisant les créances 301
a . L'escompte : procédé permettant de rendre liquides les créances à terme 303
b. L'affacturage : moyen de financement simple et sécurisé 305
c. Le crédit de mobilisation des créances commerciales dans le financement des entreprises en difficultés 307
B. Les crédits par signature 309
1. Les types de crédits par signature aux entreprises en difficultés 309
a. Le cautionnement bancaire : engagement subordonné à l'obligation principale 310
b. La garantie autonome : engagement abstrait détaché de l'obligation principale 311
c. Les engagements cambiaires : engagements à titre de débiteur principal ? 313
d. Le crédit documentaire : un engagement mixte 315
2. Les avantages et les inconvénients des engagements par signature 318
a. L'entreprise en difficultés et les crédits par signature 318
b. Le banquier et les crédits par signature 318
§2. Les crédits d'investissements : source idéale de financement des entreprises en difficultés 319
A. Les financements à moyen et à long terme classiques 320
B. Le crédit-bail ou leasing 321

§3. Les crédits consortiaux : moyen de gestion des dispositions réglementaires sur la division des risques 326
A. La pertinence des crédits consortiaux dans le financement d'une entreprise en difficultés 327
B. La prise en compte de l'intérêt des participants dans le dénouement de l'opération 328
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 330
CHAPITRE 2. LE SORT DU BANQUIER CRÉANCIER POSTÉRIEUR DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉS : UN SORT INCITATEUR À CERTAINS ÉGARDS 331
SECTION I. LE PAIEMENT PRIORITAIRE DU BANQUIER CRÉANCIER POSTÉRIEUR D'UNE ENTREPRISE EN DIFFICULTÉS 332
§1. Les conditions d'application du droit de priorité 333
A. La postériorité de la créance, un critère lacunaire 334
B. La régularité de la créance 336
1. La notion de régularité 336
2. La sanction attachée à l'irrégularité de la créance 338
C. La finalité de la créance 339
§ 2. La portée du privilège 340
A. La portée juridique du privilège 340
1. L'assiette du privilège 340
2. Le paiement des bénéficiaires du privilège « *d'argent frais* » 341
a . Le paiement à l'échéance dans les procédures de sauvegarde 341
b. Le paiement par priorité dans les procédures de liquidation des biens 343
3. L'opposabilité du privilège 344
a. L'opposabilité du privilège dans la procédure de redressement judiciaire 344
b. L'opposabilité du privilège dans la procédure de liquidation des biens 347
B. La portée pratique du privilège 349
1. L'incitation au financement des entreprises en difficultés 349
2. Les conséquences néfastes envisageables 350
3. La relativisation des conséquences pratiques de la priorité de paiement 351
SECTION 2. LA RESPONSABILITÉ LIMITÉE DU BANQUIER DISPENSATEUR DE CRÉDIT AUX ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS 353
§ 1. Les raisons envisageables 353
A. L'incertitude de certaines règles de responsabilité 353

1. L'imprécision de la notion de « *situation irrémédiablement compromise* »..... 353
2. La difficulté de preuve du montant de crédit promis dans la rupture abusive 354
3. La difficulté de preuve de la faute du banquier..... 355
4. La remise en cause du principe de non ingérence..... 355
5. La difficulté de preuve de la qualité de dirigeant de fait..... 356
B. Le souci de promouvoir le sauvetage des entreprises redressables 357
1. L'inévitable dépendance économique de l'entreprise au banquier 357
2. L'incitation du banquier au financement des entreprises..... 358
C. La question de l'appartenance du banquier à la masse des créanciers 358
§ 2. les aménagements souhaitables..... 360
A. L'instauration du principe d'irresponsabilité du fait des concours aux entreprises en difficultés..... 361
B. La délimitation précise des fondements de la responsabilité..... 362
CONCLUSION DU CHAPITRE 2..... 366
CONCLUSION DU TITRE I..... 367
TITRE II. LE FINANCEMENT EXTRABANCAIRE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS..... 368
CHAPITRE 1. LES AIDES D'ÉTAT ET LE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS..... 369
SECTION 1. LA LIMITATION DES AIDES PUBLIQUES 371
§1. L'incompatibilité de principe des aides publiques avec le marché commun..... 371
A. Le principe d'incompatibilité des aides d'État 372
1. La notion d'aide d'État..... 373
2. Les conditions de l'incompatibilité des aides d'État 377
B. Distinction entre aide incompatible et aide octroyée illégalement : une distinction essentielle 379
§2. La compatibilité de certaines aides d'État 380
A. L'inventaire des aides compatibles avec le marché commun 381
1. Les aides compatibles de plein droit 381
2. Les aides pouvant être déclarées compatibles..... 384
a. Les aides au développement de certaines activités ou de certaines régions..... 384
b. Les autres aides pouvant être déclarées compatibles..... 386
B. La compétence de la Commission pour la déclaration d'incompatibilité..... 387
C. La prévision souhaitée de l'aide légitime 390

SECTION 2. LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DANS L'OCTROI D'AIDES FINANCIÈRES AUX ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS: UNE RESPONSABILITÉ EXCEPTIONNELLEMENT MISE EN JEU 391
§1. Le domaine de la responsabilité de l'État dans l'octroi d'aides aux entreprises en difficultés 393
A . La faute par abstention 393
B. La faute dans l'action 394
1. La responsabilité de droit commun 395
2. L'action en comblement du passif 396
§2. La compétence pour connaître la responsabilité de l'État 397
A. La compétence judiciaire relativement aux conventions 399
B. La compétence administrative pour connaître de l'action en comblement du passif 400
CONCLUSION DU CHAPITRE 1 402
CHAPITRE 2. LES AUTRES CIRCUITS EXTRABANCAIRES DE FINANCEMENT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉS 404
SECTION 1. LES FINANCEMENTS EXTRABANCAIRES ACCESSIBLES 404
§1. Les financements formels 405
A. Le financement par les établissements de microfinance 405
1. L'octroi limité du crédit 407
a. Les raisons de la limitation 407
b. La typologie des crédits octroyés 410
2. Les effets du financement 413
a. Les effets du financement sur l'entreprise en difficultés 413
b. Les effets du financement sur l'institution de microfinance 414
B. Le crédit fournisseur : une facilité de trésorerie 416
1. Le crédit fournisseur dans le financement d'une entreprise en difficultés 416
a. Les manifestations du crédit fournisseur 416
b. Les avantages du crédit fournisseur pour l'entreprise 418
2. Les droits du fournisseur impayé 419
a. Le fournisseur impayé, créancier postérieur de l'entreprise en difficultés 419
b. Le fournisseur impayé : un créancier réservataire 420
§2 . Le financement informel : un financement peu organisé 422
A. L'importance des circuits financiers informels 423
1. Les justifications envisageables 423

3. Une importance à relativiser 425
B. La diversité des composantes du secteur financier informel 426
1. Les tontines 427
2. Les prêteurs individuels 428
3. Les systèmes financiers informels liés à l'épargne 429
C. L'officialisation souhaitée des tontines 429
1. L'intégration des tontines dans le processus de financement 430
2. La mise en place des mécanismes appropriés de protection des tontines 430
SECTION 2. LES FINANCEMENTS EXTRABANCAIRES INCERTAINS ET SÉLECTIFS 431
§1. L'ouverture du capital social aux tiers : un financement incertain 431
A. Les hypothèses d'ouverture du capital social aux tiers. 432
1. L'augmentation du capital par apport en numéraire 432
2. L'augmentation du capital par apport en nature 435
B. La protection de l'apporteur 435
1. Les droits de l'apporteur 436
2. Les sanctions à la violation des droits de l'apporteur 437
§2. L'emprunt obligataire : un financement sélectif 440
A. L'émission de l'emprunt obligataire 443
1. Les conditions de fond 443
2. Les conditions de forme 444
B. Les droits de l'obligataire 445
1. Les droits pécuniaires de l'obligataire 445
a. Les droits financiers de l'obligataire 445
b. Les droits patrimoniaux de l'obligataire 447
c. Les garanties accordées aux obligataires 447
2. Les droits extra pécuniaires de l'obligataire 448
a. Le regroupement automatique dans une masse 448
b. Les droits politiques « *embryonnaires* » de l'obligataire 450
C. L'importance de l'emprunt obligataire pour l'entreprise en difficultés 452
1. Les avantages de l'emprunt obligataire pour l'entreprise en difficultés émettrice 452
2. Le sauvetage de l'entreprise en difficultés 452
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 454
CONCLUSION DU TITRE II 455

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE 456
CONCLUSION GÉNÉRALE 457
I. BIBLIOGRAPHIE 460
A. OUVRAGES 460
B. ARTICLES DE DOCTRINE 468
C. THESES ET MEMOIRES 483
D. JURISPRUDENCE 487
E. LEGISLATION 495
II. INDEX ALPHABÉTIQUE 497
III. TABLE DES MATIERES 501