

Horizons du Droit

The cover features a solid orange background. In the lower half, there are several overlapping, organic shapes in shades of blue, light blue, yellow, and grey, creating a layered, abstract effect.

N° 46

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur
scientifique

Jacques Mestre

Agrégé des Facultés de droit, Président de l'Association française des docteurs en droit.
(jacquesmestre81@gmail.com)

Comité
scientifique

Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich

Professeur de droit à l'Université de Bourgogne (Dijon).

Sandie Lacroix-de Sousa

Maître de conférences HDR à l'Université d'Orléans.

Marie-Eve Pancrazi

Professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille.

Béatrice Parance

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

David Richard

Avocat au Barreau de Paris.

Rédacteur en
chef

Sabrina Dupouy

Maître de conférences à l'Université de
Clermont-Auvergne.

Les demandes de publications sont à adresser à
l'adresse suivante : sabrina.dupouy@uca.fr

ISSN 2777- 9149

Sommaire

Bulletin n° 46 – mai-juin 2023

Page 5 Les Infos de l'AFDD

Page 10 Rapport introductif au Colloque de l'AFDD (1^{er} juin 2023) « Droit des entreprises en difficulté *versus* Droit des sociétés »

Julia HEINICH et Jacques MESTRE

Page 17 Actualité de la responsabilité des dirigeants pour insuffisance d'actif

Jacques MESTRE

Page 25 Retour sur la réglementation des conflits d'intérêts dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique

Didier TAKAFO-KENFACK et Ibrahim NDAM

Page 64 La bonne foi : notion-cadre régulatrice
du comportement du débiteur dans les
procédures collectives OHADA

*Princesse de Christ KOUNDE EBENE et Synthia
Pamela DOUNKING AMFOUO*

Page 96 La protection des créanciers du de
cujus : réflexion à la lumière du droit
successoral camerounais

*Cédric YASSI TOUGOU KEUNI et Darius Kévin
FOTSO DJONKAM*

LES INFOS DE L'AFDD

(mai-juin 2023)

Le 1^{er} juin, notre Association a tenu son assemblée générale annuelle à Paris, dans le cadre très agréable de la Maison des Avocats, 11 rue André Suarès (17^{ème}). A cette occasion, le rapport d'activité, présenté par Jacques MESTRE, et le rapport financier, présenté par la trésorière de notre Association, Sabrina DUPOUY, ont été approuvés à l'unanimité. Le commissaire aux comptes, Monsieur AUGER, a pour sa part indiqué qu'il n'avait pas de réserve particulière à émettre, ni de convention réglementée conclue au cours de l'exercice 2022. L'exercice s'est révélé légèrement bénéficiaire, à hauteur d'environ 2.000 euros, et a été affecté à nos réserves.

L'assemblée a ensuite procédé à l'élection des administrateurs de notre Association puisqu'aussi bien tous les mandats en cours, d'une durée de quatre ans, prenaient précisément fin en 2023. A l'unanimité, ont été élus pour composer le nouveau conseil d'administration les candidats suivants :

Bernard BEIGNIER, recteur Académie d'Aix-Marseille

Frédéric DAL VECCHIO, avocat Hauts de Seine

Fanny DESSAINJEAN, enseignant-chercheur, Pôle agro-vétérinaire, Rouen

Michel DI MARTINO, expert-comptable, commissaire aux comptes, Lons-le-Saunier

Carine DOGANIS, avocate, Paris, conseil auprès des Nations Unies, Copenhague

Sabrina DUPOUY, maître de conférences, Clermont

Marie EUDE, maître de conférences, Paris XIII

Anne-Laure FABAS-SERLOOTEN, maître de conférences, Toulouse-Montauban

Patricia FRANCO, avocate, Paris

Julia HEINICH, professeur, Dijon

Franck JULIEN, juriste de banque, Paris

Christian KPOLO, avocat, Paris, chercheur Metz, Abidjan

Sandie LACROIX-DE SOUSA, maître de conférences, Orléans

Yann-Mael LARHER, avocat, Paris

Cécile LE GALLOU, professeur, Toulouse

François LETELLIER, notaire, Clermont

Jacques MESTRE, professeur, Aix, Castres

Catherine POLI, médiatrice, Paris, Bastia et Aix

David RICHARD, avocat, Paris

Alex TANI, maître de conférences, Corte

Dominique VIRIOT-BARRIAL, avocat général à la Cour de cassation, Paris

L'équipe ainsi élue est constituée, pour deux tiers, d'administrateurs sortants et, pour un tiers, de nouveaux administrateurs.

Dans un prochain numéro d'Horizons du Droit (probablement le n°47, de juillet-août), cette équipe vous sera présentée, avec l'indication pour chaque administrateur de la mission particulière qui sera la sienne et de ses coordonnées afin de faciliter les contacts entre chacun des adhérents et notre CA.

L'assemblée générale s'est terminée par la remise du prix de thèse Personnes et Famille, que notre Association a organisé pour la troisième fois, en partenariat avec les éditions Lexis Nexis, et ce grâce à l'action conjointe d'Ariane GUIGNOT-DE GUILLENCHMIDT, d'Alice PHILIPPOT et d'un prestigieux jury présidé par Astrid MARAIS.

Cette remise, présidée par Mme Dominique VIRIOT-BARRIAL, avocat général à la Cour de cassation, a distingué les lauréats suivants :

- Monsieur Guillaume MILLERIOUX (1^{er} prix) pour sa thèse « *La capacité juridique des majeurs vulnérables* » ;
- Monsieur Martial NICOLAS (2^{ème} prix) ; « *Famille et Fiscalité, Recherche sur la place de la famille en droit fiscal* » ;
- Monsieur Pierre MICHEL (3^{ème} prix) : « *Le transfert des concepts sociopolitiques dans le droit : le cas du genre* » ;
- Madame Alejandro BLANQUET-ANGULO (Prix spécial « Droit comparé ») : « *Le contrôle de régularité internationale des jugements étrangers : Etude de droit international privé français et colombien* ».

Ces thèses peuvent être communiquées en version électronique aux adhérents qui seraient intéressés. (contacter à cette fin jacquesmestre81@gmail.com).

Toujours ce 1^{er} juin, l'après-midi a été consacrée à un colloque portant sur les intersections délicates entre « Droit des entreprises en difficulté et Droit des sociétés ». Deux tables-rondes particulièrement intéressantes ont été présidées à cette occasion par M.Patrick COUPEAUD, Délégué général au TDE du Tribunal de commerce de Paris, et Mme Lucile JOUVE, mandataire judiciaire.

Deux rapports présentés à ce colloque sont reproduits dans le présent numéro d'HDD.

A noter encore :

- la sortie il y a quelques semaines de **l'ouvrage collectif** préparé par l'AFDD sur le thème « **Les juristes au soutien du transgénérationnel** » (éditions Mare et Martin) ;
- un prochain **voyage AFDD à Copenhague** a lieu du 8 au 11 juin ; d'autres destinations vous seront bientôt proposées ;

- **les prix de thèse en cours** : prix Georges Vedel de droit public ; prix Innovations ; prix Action humanitaire – Droits de l'Homme. Le grand nombre de candidatures rend la gestion de ces prix assez lourde, mais les palmarès seront cependant connus d'ici la fin de l'année ;
- le **prochain déjeuner mensuel parisien** dans les locaux de France-Amériques devrait avoir lieu en septembre, probablement le lundi 25 ; un autre suivra à la mi-novembre, selon un rythme désormais bimensuel ;
- la poursuite de notre rubrique « **Anniversaire de thèse** » dans notre revue HDD. N'hésitez pas à nous transmettre vos souvenirs d'années doctorales et de soutenance ! Et à évoquer aussi, si vous le souhaitez, votre parcours depuis la thèse ;
- **et enfin la préparation de notre Congrès annuel qui aura lieu à Montauban les 28 et 29 septembre prochain, sur le thème « Droit et Art »**. Des informations plus précises vous seront données dans quelques semaines, mais vous pouvez d'ores et déjà retenir ces dates si vous souhaitez être des nôtres, avec un programme préparée par notre administratrice Anne-Laure FABAS-SERLOOTEN et qui devrait se présenter ainsi pour l'essentiel :
- jeudi 28 septembre après-midi : Visite privée des musées Bourdelle et Ingres ; puis soirée ;
- vendredi 29 septembre : colloque ouvert par Hugues KENFACK, Président de l'Université de Toulouse-Capitole et par les autorités locales et départementales ; présidence des travaux assuré par Walid CHAIELOUDJ, professeur à l'Université de Perpignan, et membre de l'Autorité de la concurrence

Interventions d'ores et déjà prévues :

Jacques MESTRE, Quelques mots introductifs sur Acteurs, Oeuvres et Marché de l'art

Ronan BRETEL, Droit de l'art, qu'est-ce à dire ?

Un commissaire-priseur : La vente aux enchères d'œuvres d'art

Aurore VALMARY, L'authenticité d'un objet d'art et l'erreur en droit des contrats

Láisa FERREIRA, L'authentification des œuvres par la blockchain

Amélie SILVAIN, L'art contemporain : un travail en équipe

Laurence CALANDRI, Graff Street art droit, rapport avec les collectivités : de l'effacement à l'exploitation

Kamilia BENTAIEB, Le devenir en droit des œuvres générées par une intelligence artificielle : analyse prospective

Anne-Laure FABAS-SERLOOTEN, Art, âge et droit : Quelles représentations, quels enseignements ?

Chloé KREUDER, La restitution des œuvres d'art

Julien DOUILLARD, La résurrection virtuelle de l'artiste.

A très bientôt donc !

**RAPPORT INTRODUCTIF AU COLLOQUE DE
L'AFDD (1^{er} juin 2023)
« DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE
VERSUS DROIT DES SOCIETES »**

Julia HEINICH et Jacques MESTRE - Agrégés des Facultés de droit

Chers Amis,

Notre Association française des docteurs en droit a jugé opportun, au regard des nombreuses questions qu'a suscitées ces dernières années le croisement entre droit des entreprises en difficulté et droit des sociétés d'organiser un colloque qui nous permettrait de réfléchir ensemble à ces différentes questions et de trouver, si possible, de bonnes solutions...

Quelques mots d'ordre plus général pour introduire la problématique.

De prime abord, le conflit entre ces deux droits, celui du Livre II et celui du Livre VI du Code de commerce, paraît bien frontal. En effet, ces deux droits sont animés par des esprits assez largement opposés :

- d'un côté, le droit des entreprises en difficulté est tourné vers la protection de l'entreprise, celle des emplois qu'elle représente, et celle aussi, au moins historique, des créanciers de l'entreprise ; la protection encore de la valeur économique qu'elle représente pour l'économie nationale ou locale. C'est, au surplus, un droit très largement impératif, d'ordre public ; un droit de procédures, et de procédures d'abord amiables, puis judiciaires ; un droit qui confère aussi un rôle important à une magistrature économique et à des professionnels spécialisés dans la prévention et le traitement des difficultés, au besoin en ouvrant la voie à d'importantes restructurations, un droit donc proche à certains égards du *restructuring* ...
- de l'autre, le droit des sociétés est orienté vers les entrepreneurs, vers les associés. C'est un droit aujourd'hui assez largement contractualisé, notamment avec la prééminence des statuts, la liberté contractuelle de la SAS, et avec, plus généralement, l'importante place faite aux pactes d'associés ; et un droit où le rôle du juge n'est pas vu avec une particulière faveur puisqu'on y dénonce encore souvent l'immixtion de ce juge dans la vie des sociétés... Un exemple parmi d'autres : comme l'a expressément

précisé la Cour de cassation (Cass. com., 24 oct. 2018, n° 15-27.911, Rev. sociétés sept. 2019, p. 534, note N. Morelli, Bull. Joly Sociétés 2019, p. 23, note B. Brignon), « *il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés, fût-ce pour prévenir un dommage imminent, de prescrire, en vue de sa mise en œuvre par l'assemblée générale d'une société, une règle d'adoption d'une résolution qui serait différente de celle prévue par les statuts, celle-ci serait-elle illicite* ».

Cela étant, cette opposition s'est un peu réduite ces dernières années :

- dans le droit des procédures collectives, le rôle des associés s'est quelque peu accru, avec notamment l'avènement de la classe affectée des détenteurs de capital, et ce même si, comme on a pu l'écrire, l'implication des associés dans la procédure prend plutôt la forme d'une responsabilité que d'une faveur (cf. Maud Laroche, L'implication des associés, BJE mars 2022, p.66). On relèvera en particulier qu'il demeure impossible de contraindre les associés au financement du plan sans leur accord, en application de ce principe d'ordre public du droit des sociétés qu'est la prohibition de l'augmentation des engagements de l'associé ;
- quant au droit des sociétés, la loi Pacte de 2019 a procédé à une réécriture de l'article 1833 du code civil qui accroît la prise en compte des enjeux sociaux de la société. Société à mission, compliance, place des parties prenantes, RSE sont désormais des concepts qui limitent la prépondérance des associés capitalistiques, et le juge renforce lui-même progressivement son rôle et son intervention dans la vie des sociétés en les mettant le plus souvent au service de la pérennité de l'entreprise.

Ainsi chacun de ces droits a fait un pas vers l'autre. Mais il reste cependant d'importants conflits, des zones d'ombre, des intersections délicates, et nombre de celles-ci se retrouvent au cœur de notre actualité juridique. Pour prendre

quelques exemples, la liberté de l'associé de recouvrer à tout moment une avance en compte courant ne doit-elle pas composer avec les éventuelles difficultés que connaîtrait la société ? Les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital ont-ils ou non vocation à intégrer la classe affectée des détenteurs de capital ? Un associé a-t-il le droit de faire tierce opposition au jugement qui adopterait un plan de redressement entraînant à terme son éviction par l'effet d'un coup d'accordéon ? L'associé qui réunit à un moment donné en sa main toutes les parts sociales peut-il procéder à une dissolution sans liquidation qui éviterait de s'interroger sur la cessation des paiements de la société ?

Parfois, heureusement, au moins pour la simplicité normative, un tel conflit se trouve réglé par le Code.

On en prendra un exemple très éclairant et important : celui concernant les clauses d'agrément, que les statuts de SA peuvent librement prévoir dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé (C.com., art.L.228-23, al.1^{er}).

Le droit des entreprises en difficulté neutralise, en effet, partiellement les clauses d'agrément présentes dans les statuts des sociétés : mais seulement celles concernant les titres émis par la société qui fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire. Ces clauses sont réputées non écrites par l'article L.631-19, II du Code de commerce en cas de modification du capital social ou de cession des droits sociaux prévue dans le plan de redressement, et lorsque le tribunal ordonne, dans des conditions bien particulières prévues à l'article L.631-19, alinéa 5, la cession forcée des titres détenus par les associés qui se sont opposés à une augmentation de capital prévue par le plan.

Mais, en revanche, que décider lorsque des titres sociaux sont compris dans le plan de cession de l'entreprise qui les détient, notamment en qualité de holding ? La clause d'agrément figurant dans les statuts de la société n'est pas alors réputée non écrite par la loi...

Comment donc raisonner ?

Droit spécial contre droit général ? Ou encore droit impératif contre droit contractuel ?

A vrai dire, cette dernière approche pourrait laisser penser à la suprématie automatique du droit des entreprises en difficulté, et ce d'autant que les dispositions législatives relatives aux entreprises en difficulté, si elles ne sont pas à proprement parler des sources directes du droit des sociétés, ont quand même vocation à s'appliquer aux sociétés commerciales dès lors que les conditions particulières d'application qu'elles posent (par exemple, un état de cessation des paiements) se trouvent constituées.

Or, à cette question la Cour de cassation a finalement apporté, à la surprise de beaucoup, une réponse négative, en n'hésitant pas dans l'exemple précité à assurer le respect de la disposition assurant le respect de l'agrément (Cass.com., 31 janv.1995, n°91-20.735, JCP G 1995, II, 22460, note Y. Guyon ; 23 janv.1996, n°92-18.874, Bull. Joly Sociétés 1996, p. 488, note J.-M. Calendini). Et cette prééminence ici du droit des sociétés ne s'est pas démentie depuis lors puisqu'en 2006, la cour d'appel de Paris (24 février 2006, n°04-22.666, RJDA 2007, n°367) a considéré à son tour que le respect de l'agrément statutaire s'impose également lorsque les titres font l'objet d'une cession isolée d'actifs sur autorisation du juge-commissaire.

Certes, cette prééminence a été récemment contestée mais finalement sans succès puisqu'elle a encore inspiré en 2022 la cour d'appel d'Aix dans le cadre des difficultés financières connues par la société Groupe Bernard Tapie (GBT), holding contrôlant notamment le journal La Provence. Cette juridiction a en effet infirmé la position du juge des référés du tribunal de commerce de Marseille qui avait, pour sa part, et à la demande du liquidateur, considéré que la clause d'agrément prévue aux statuts de la société (en application directe de la loi n°86-897 du 1^{er} août 1986) faisait obstacle au processus de réalisation des actifs et constituait de ce fait un trouble manifestement illicite (CA Aix, 7 avr. 2022, n° 22/00.785, Bull. Joly Sociétés juill.-août 2022, p. 38, note G. Grundeler).

Prééminence donc parfois du droit des sociétés, mais résistance aussi du droit des entreprises en difficulté. Parfois de façon expresse, comme nous le verrons cet après-midi lors de ce colloque. Et parfois de façon moins ouverte mais néanmoins certaine, à travers l'affirmation d'un souci de protection des créanciers.

Un exemple parmi d'autres, assez rarement cité : celui de la dissolution. Pour la jurisprudence, la dissolution anticipée que décideraient des associés est parfaitement licite et autorisée par le droit des sociétés, plus précisément l'article 1844-7-4° du code civil, et on notera encore en ce sens que seuls les associés peuvent la décider, les juges n'ouvrant pas ici l'action oblique d'un créancier (CA Rouen, 14 avr.2004, RJDA 2005, n°39, p.32) ou l'action d'un mandataire de justice (CA Pau, 4 déc.2008, Bull.Joly Sociétés 2009, p.470, note G.Gil). Mais resterait nulle la dissolution sans liquidation n'ayant été décidée qu'à dessein de permettre à la société d'échapper à l'exécution de ses obligations envers ses créanciers sociaux : d'où, en conséquence, l'annulation du transfert universel de son patrimoine à une autre société (Cass.com., 11 sept.2012, n°11-11.141, Bull.civ.IV, n°160, Bull.Joly Sociétés 2013, p.45, note J.-L.Vallens). Et dans le même ordre d'idées, serait nulle, en application du principe *Fraus omnia corrumpit*, la dissolution qui serait opérée par l'associé unique uniquement pour faire échec au débat sur l'éventuelle cessation des paiements de la société et l'éventuelle ouverture d'une procédure collective subséquente (CA Paris, 19 mai 2011, RJDA 2011, n°921, Bull.Joly Sociétés 2011, p.914, note M.-L.Coquelet ; Cass.com., 11 sept.2012, n°11-11.141, RJDA 2012, n°1078).

Le droit des entreprises en difficulté conserve donc son mot à dire, au même titre d'ailleurs que sur le délicat terrain des voies de recours, puisque l'associé reste irrecevable à se pourvoir en cassation contre les arrêts statuant sur l'ouverture d'un redressement ou prononçant la liquidation judiciaire de la société

(Cass.com., 9 mai 2018, n°14-11.367, JCP E 2018, n°1305, note G.Berthelot), ou encore contre la décision qui prononcerait la résolution du plan (Cass.com., 2 juin 2021, n°20-14.101, JCP E 2022, n°1035, note C.Lebel).

Mais, en revanche, la tierce opposition que l'associé voudrait former contre le jugement adoptant le plan de redressement, auquel la société a été partie, reste ouverte lorsque cet associé invoque une fraude à ses droits ou un moyen qui lui est propre : ce qui est par exemple le cas si le plan repose sur une opération sur le capital portant atteinte à sa qualité d'associé et à son droit préférentiel de souscription (Cass.com., 31 mars 2021, n°19-14.839, Gaz.Pal.15 juin 2021, p.70, note M.Laroche, Rev.sociétés nov.2021, p.643, note A.Massengo). Et il en va de même, comme la Cour de cassation l'a précisé au début de cette année 2023 (Cass.com., 8 févr.2023, n°21-14.189, Rev.sociétés mars 2023, p.195, obs.L.-C.Henry, RJDA mai 2023, n°255, p.41), de la tierce opposition que l'associé exercerait contre un plan prévoyant la désignation d'un mandataire ad hoc ayant pour mission d'exercer ses droits de vote aux fins d'approuver une opération de coup d'accordéon réservée au final à d'autres associés, dont l'un deviendrait associé quasi unique. Dans un tel cas, en effet, il ne saurait lui être opposé d'avoir été représenté par le représentant légal de la société et de ne pas avoir d'intérêt distinct de celui de la société dans le cadre du plan.

Au final, on le voit, droit des entreprises en difficulté et droit des sociétés demeurent souvent en conflit ouvert, à l'évidence écartelés entre protection des créanciers et protection des associés, entre pérennité de l'entreprise et souci d'assurer le respect des statuts. D'où l'intérêt d'approfondir encore la réflexion, ainsi que nous allons le faire à présent au cours de ce colloque...

La confrontation entre droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté reste donc très ouverte, comme les intervenants à ce colloque vont sans doute maintenant le faire apparaître.

**ACTUALITE DE LA RESPONSABILITÉ DES
DIRIGEANTS
POUR INSUFFISANCE D'ACTIF**

Jacques MESTRE - Président de l'AFDD

La disposition qui vise la célèbre action en responsabilité des dirigeants pour insuffisance d'actif est bien connue, c'est l'article L.651-2 du Code de commerce, dont le premier alinéa précise notamment :

« Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion... ».

Un texte qui continue d'alimenter une abondante jurisprudence, dont nous allons à présent brièvement évoquer l'actualité autour de quatre points récemment illustrés par d'importants arrêts de la Cour de cassation : la condition première de dirigeant (I), l'effectivité de sa faute de gestion (II), l'absence d'une telle faute (III) et enfin deux récentes précisions d'ordre procédural (IV).

I. LA CONDITION PREMIERE DE DIRIGEANT

A son propos, un très intéressant de la chambre commerciale de la Cour de cassation (19 avril 2023, n°22-11.229) vient d'apporter les deux enseignements suivants :

- d'abord, le dirigeant condamné à combler le passif de la société qu'il a dirigée ne peut se voir tenu de le faire pareillement pour des filiales auxquelles la procédure collective de la mère a été étendue sur le fondement d'une confusion des patrimoines s'il n'en a pas été le dirigeant de droit ou de fait ;

- et ensuite, en cas de cessation des fonctions du dirigeant, sa responsabilité ne peut être engagée que s'il existait une insuffisance d'actif à la date de la cessation de ses fonctions.

Deux enseignements logiques au regard des termes de l'article L.651-2 du Code de commerce, avec toutefois le risque peut-être, pour le second d'entre eux déjà donné, d'inciter le dirigeant à quitter le navire à temps pour son intérêt bien compris... et de le quitter dans la discrétion puisqu'aussi bien le fait de se présenter ensuite comme encore dirigeant l'exposerait à une action en comblement de passif qui serait fondé sur des faits pourtant postérieurs à la démission (cf. Com., 7 oct.2020, n°19-14.291) !

II. L'EFFECTIVITE D'UNE FAUTE DE GESTION

La preuve positive d'une faute de gestion commise personnellement par le dirigeant poursuivi reste essentielle à sa condamnation pour insuffisance d'actif. Les juges ne sauraient donc se baser sur une présomption de responsabilité à l'encontre du dirigeant ainsi que la Cour de cassation (Com., 27 nov.2019, n°17-26.634, *Rev.sociétés* avr.2020, p.256, note B.Bouloc) l'a rappelé en censurant une cour d'appel qui s'était contentée d'observer que « *M.H., en sa qualité de directeur général, disposait des pouvoirs les plus étendus pour gérer la société et qu'il lui appartenait de démontrer qu'il n'avait pas participé personnellement à la fraude* » : « *Vu l'article L. 651-2 du code de commerce ; ... en statuant ainsi, alors qu'il appartient au liquidateur de démontrer que le dirigeant de droit a personnellement commis la faute de gestion qu'il lui reproche, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé le texte susvisé* ».

Et, qui plus est, comme le rappelle aussi régulièrement la Cour de cassation, la responsabilité du dirigeant passe par la preuve d'une faute de gestion antérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective (Com., 22 janv.2020, n°18-17.030, *Bull.Joly Sociétés* avr.2020, p.38, note E.Mouial-

Bassilana, *RJDA* 2020, n°231). Ainsi, en présence de la conversion d'un redressement en liquidation judiciaire, la Cour de cassation (Com., 8 mars 2023, n°21-24.650, *Bull.Joly Sociétés* mai 2023, p.36) vient de préciser que le dirigeant ne pouvait pas être poursuivi sur le fondement de la responsabilité pour insuffisance d'actif pour des faits commis pendant la période d'observation du redressement (en l'occurrence, pour avoir poursuivi l'activité déficitaire).

Pareillement, parce que la faute de gestion doit avoir été commise avant l'ouverture de la procédure collective, le défaut de coopération reproché au dirigeant durant cette procédure elle-même ne saurait être ici sanctionné au titre de l'insuffisance d'actif (CA Paris, 8 juill.2022, n°20/04.670, *RJDA* 2022, n°651, p.919).

Terminons ce premier point en donnant quelques illustrations de fautes de gestion récemment retenues :

— la faute de gestion du dirigeant qui, dans le cadre d'un LBO, décide de faire verser des dividendes à la holding alors que la situation de trésorerie de la société était obérée (Com., 9 sept.2020, n°18-12.444, *Bull.Joly Sociétés* déc.2020, p.52, note J.-L.Vallens, *JCP E* 2020, n° 1455, note C. Thomas, qui se prononce également, en l'admettant, sur le lien de causalité ; rappr.CA Chambéry, 15 févr.2022, n°21/01.781, *RJDA* 2022, n°425, p.591, condamnant pareillement les dirigeants ayant pratiqué un LBO dans lequel cette fois-ci, la société cible ne dégagant pas suffisamment de bénéfices pour verser des dividendes à la holding, celle-ci se faisait rembourser l'emprunt contracté grâce à des prélèvements sur la trésorerie de la société par le biais d'un compte courant d'associé) ;

— celle du dirigeant qui pillait la trésorerie des filiales de la société par des prélèvements anticipés lui permettant de maintenir l'activité déficitaire de la société et de présenter des comptes ne reflétant pas l'image sincère de celle-ci (Com., 7 oct. 2020, n° 19-11.418, *Gaz. Pal.* 13 avr. 2021, p. 77, note T. Montéran,

retenant ses fautes de gestion tant dans la société mère que dans les filiales auxquelles la liquidation judiciaire avait été étendue) ;

— du dirigeant qui poursuit l'activité déficitaire de la société pendant plusieurs années, quand bien même il aurait pris en charge certaines dettes de la société (CA Paris, 16 sept. 2021, n° 20/15132, *Bull. Joly Sociétés* déc. 2021, p. 39, note L. Fin-Langer) ;

— ou encore celle du dirigeant qui effectue le remboursement du compte courant d'un associé dans un cas où, certes, la société dispose des liquidités suffisantes pour y procéder mais où ce remboursement intervient cependant dans un contexte de difficultés financières et prive la société de la trésorerie nécessaire au paiement de ses créanciers et à son activité (Com., 20 oct. 2021, n° 20-11.095, *RJDA* 2022, n°102, p.141) ;

III. L'ABSENCE D'UNE TELLE FAUTE

De façon générale, on notera d'abord qu'on ne saurait déduire de la seule importance du passif constaté la réalité des fautes de gestion du dirigeant (Com., 19 janv. 1993, n° 91-12.365, *Bull. civ. IV*, n° 18, *Dr. sociétés* 1993, n° 53, *RJDA* 1993, n° 660 ; Com., 8 oct. 2003, n° 00-17.105, *RJDA* 2004, n° 203).

Par ailleurs, on rappellera une autre décision importante, rendue en 2015 à propos d'une éventuelle insuffisance des apports initiaux et de la création d'une société sous-capitalisée : contrairement à des arrêts antérieurs qui laissaient entrevoir ici une possible faute de gestion, un important arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation précise de façon générale que « *l'insuffisance des apports consentis à une société lors de sa constitution, qui est imputable aux associés, ne constitue pas une faute de gestion* » (Com., 10 mars 2015, n° 12-15.505, *Bull. civ. IV*, n° 47, *RLDA* 2015/103, n° 5521, obs. I. Mpindi, *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 244, note I. Parachkevova). La Cour de

cassation rappelle donc ici que c'est le seul dirigeant qui est visé par l'action en comblement de passif social et que si donc l'insuffisante dotation en fonds propres de la société, pour assurer son fonctionnement dans des conditions normales, peut être imputée à la personne devenue dirigeant, il s'agit là d'une faute commise en qualité d'associé et non de dirigeant puisque, comme l'écrit justement A. Lienhard (D. 2015, p. 678), « *elle révèle un manquement à une obligation d'associé, l'apport représentant un des éléments constitutifs du contrat de société. Faute d'associé, commise lors de la constitution de la société, et non faute de dirigeant, commise en cours de gestion* ».

Et cette position est toujours celle de la Cour de cassation (Com., 17 juin 2020, n°19-10.341, *RJDA* 2020, n°517, *Bull.Joly Sociétés* oct.2020, p.41, note M.Laroche). Dans le même ordre d'idées, un autre arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation (Com., 13 oct. 2015, n° 14-15.755, *Bull. Joly Sociétés* 2016, p.157, note J. Heinich, *RJDA* 2016, n° 137) a précisé que « *l'absence de régularisation effective, dans le délai légal de deux ans, de la situation des capitaux propres d'une société anonyme devenus inférieurs à la moitié du capital social, qui est imputable aux actionnaires, ne constitue pas une faute de gestion dont les dirigeants auraient à répondre* »

Enfin, on n'oubliera pas que la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, se démarquant d'une jurisprudence antérieure bien établie, a choisi d'ajouter à l'alinéa premier de l'article L. 651-2 du code de commerce l'importante phrase suivante : « *toutefois, en cas de simple négligence du dirigeant de droit ou de fait dans la gestion de la société, sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif ne peut être engagée* ».

Une solution légale importante que la Cour de cassation a estimé d'applicabilité immédiate (Com., 5 févr.2020, n°18-15.072, *RJDA* 2020, n°284, *Rev.sociétés* juill.-août 2020, p.431, note M.Laroche) dans un arrêt où elle a toutefois précisé que caractérise une faute de gestion non constitutive d'une simple négligence la cour d'appel relevant que les dirigeants ont tardivement déclaré l'état de

cessation des paiements dès lors qu'ils avaient connaissance des difficultés financières et de l'endettement de la société avant l'expiration du délai pour procéder à cette déclaration (v. aussi, pour cette omission de déclarer la cessation des paiements s'inscrivant dans le cadre plus général d'un désintéret pour la gestion de la société, Com., 8 avr. 2021, n° 19-25.802, *Gaz. Pal.* 28 sept. 2021, p. 63, note M. Laroche, *Bull. Joly Sociétés* juin 2021, p. 53, note L. Camensuli-Feuillard).

C'est dire que le concept de simple négligence reste ici entendu de manière assez restrictive. Dans ce même sens d'ailleurs, la Cour de cassation a également considéré que le fait pour le dirigeant de droit de laisser agir le dirigeant de fait et de ne pas prendre les dispositions pour faire cesser ses agissements préjudiciables à la société constitue bien une passivité fautive génératrice d'une responsabilité pour insuffisance d'actif (Com., 1^{er} juill.2020, n°18-24.804, *Rev.sociétés* déc.2020, p.698, note T.Mastrullo).

Cela étant, plus récemment, en 2022, la Haute juridiction (Com., 13 avr.2022, n°20-20.137, *D.2022*, p.791, *RJDA* 2022, n°426, p.592, *Bull.Joly Sociétés* juill.-août 2022, p.35, note A.Reygrobellet) a quand même laissé entendre, à travers une cassation pour défaut de base légale, que le fait pour un dirigeant d'engager la société dans une activité reposant sur un client unique sans trouver le moyen de garantir la pérennité des relations commerciales constituait certes un manque de vigilance mais sans pour autant que cette faute de gestion ne soit pas susceptible d'être analysée en une simple négligence. I

IV. ENFIN, DEUX RECENTES PRECISIONS D'ORDRE PROCEDURAL :

La première précision est que le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, soit le jour du jugement prononçant la liquidation judiciaire, ne peut être inclus dans la computation de ce délai.

L'action se prescrit par trois ans à compter du jour du jugement : ici, le 7 janvier 2016. Or l'assignation en responsabilité avait été délivrée le 7 janvier 2019 ! Au visa de l'article L.651-2 du code de commerce et des articles 2228 et 2229 du code civil, la chambre commerciale (18 janv.2023, n°21-22.090, *JCP E* 2023, 1157, n°25, obs.;A.Tehrani) censure pour violation de la loi l'arrêt attaqué qui avait jugé prescrite l'action engagée après le 6 janvier à 24 heures. C'est dire que la prescription se compte par jours et non par heures, et que la fiction par laquelle le jugement d'ouverture est réputé prendre effet le jour même à 0 heure (C.com., art.R.621-4, al.2) est ici sans incidence.

Et la seconde précision est que l'action pour insuffisance d'actif peut faire l'objet d'un éventuel exercice abusif.

Comme toute autre action en justice, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif peut faire l'objet d'un abus de droit, source alors pour la personne qui l'a ainsi fautivement intentée d'une responsabilité civile.

Cela étant, s'agissant de l'exercice du droit d'agir en justice, qui reste un droit fondamental, garanti au niveau tant interne qu'international, l'abus de droit ne saurait être admis de manière trop large, et un récent arrêt de la chambre commerciale (Com., 14 sept.2022, n°21-15.381, *D.*2022, p.2027, note T.Duchesne, *Bull.Joly* déc.2022, p.35, note F.-X.Lucas, *RJDA* 2022, n°708) en porte précisément témoignage à propos d'une action en responsabilité pour insuffisance d'actif intentée par un liquidateur. Pour la Cour de cassation, ne commet pas de faute pour avoir exercé une telle action le liquidateur au seul fait que sa demande a finalement été jugée infondée, et au fait également qu'il n'avait pas limité sa demande ni même indiqué dans quelle proportion il entendait formuler cette demande.

**Retour sur la réglementation des conflits d'intérêts
dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des
sociétés commerciales
et du groupement d'intérêt économique**

**Didier TAKAFO-KENFACK - Chargé de cours -
HDR à l'Université de Bamenda (Cameroun)**

et

**Ibrahim NDAM - Docteur en droit privé, Maître-assistant CAMES - Chargé de cours,
FSJP - Université de Yaoundé II (Cameroun)**

Résumé

Afin d'éradiquer les conflits d'intérêts ou, à tout le moins, d'en réduire les risques de survenance et promouvoir une meilleure gouvernance d'entreprise, le législateur OHADA a institué un corpus de règles en la matière. À la première observation, on peut hâtivement conclure que les objectifs poursuivis par le législateur africain ont été atteints dans les marges significatives. Substantiellement, il n'en est rien, les règles établies s'étant révélées relativement lacunaires et insuffisantes pour lutter efficacement contre ces conflits. Ce résultat mitigé incite à envisager une refonte du régime juridique des conflits d'intérêts si on veut maîtriser une telle gangrène dans l'espace OHADA.

« *Nul ne peut servir deux maîtres [à la fois]* »¹ sans affecter sa capacité de discernement, surtout « *lorsque l'un de ces maîtres est l'intérêt général et l'autre, sinon l'argent, du moins les intérêts personnels* »². C'est l'épineux problème des conflits d'intérêts³ qui, malgré les âges traversés⁴, est toujours à la une de l'actualité. Ce sujet sensible, voire passionnant s'invite dans presque tous les milieux : politique, administratif, judiciaire, bancaire, relations de travail, marchés publics comme dans celui des affaires, tout particulièrement dans les sociétés commerciales régies par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE).

Dans l'espace OHADA⁵ comme ailleurs, la création d'une société quelle que soit la taille ou le secteur d'activité nécessite des moyens, parfois importants, dont ne dispose pas toujours un individu agissant isolément. L'expérience a montré que c'est en associant les forces comme un faisceau de dards qu'on parvient à

¹ Bible, *Matthieu*, VI, v. 24.

² J.-M. Sauvé, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique. À propos du rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique », *La Semaine Juridique*, éd. G, Suppl. n° 52, 26 déc. 2011, p. 12.

³ Sur ces conflits lire utilement, N. Boucant, *Les conflits d'intérêts en droit des sociétés*, Thèse, Paris-Est Créteil, nov. 2022, 612 p ; I. Seck, *La gestion des conflits d'intérêts en droit des sociétés commerciales OHADA*, Editions universitaires européennes, 2021, 456 p ; B. G. Mattarella, « Le régime du conflit d'intérêts éléments comparés », *RFAP*, 2010/3, n° 135, p. 643-654 ; M. Hirsch, *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*, Paris, Stock, 2010, 162 p ; D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, éd. Joly, Pais, 2004, 570 p ; « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », *Recueil Dalloz*, n° 7, 24 février 2013, p. 2 ; D. Rebut, « Les conflits d'intérêts et le droit pénal », *Pouvoirs*, 2013/4, n° 147, p. 123 ; V. Magnier, « Les entreprises, laboratoire des modes de lutte contre les conflits d'intérêts ? », *Pouvoirs*, 2013/4, n° 147, p. 101 ; « Mouvements et inerties en matière de conflits d'intérêts dans le cadre du droit des sociétés », *La Semaine Juridique*, éd. G, Suppl. n° 52, 26 déc. 2011, p. 34 et s ; « Les conflits d'intérêts dans les Principes of corporate Governance », in V. Magnier (dir.), *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, Paris, PUF, Coll. CEPRISCA, 2000, p. 139 ; Agence Française Anticorruption, *Guide pratique, La prévention des conflits d'intérêts dans l'entreprise*, nov. 2021, 36p.

⁴ V. Magnier, « Les entreprises, laboratoire des modes de lutte contre les conflits d'intérêts ? », in *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires...*, *op.cit*, p. 101.

⁵ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

réaliser une œuvre d'envergure¹ à la dimension des grandes sociétés pluripersonnelles qui prennent généralement la forme de sociétés anonymes (SA). Pour réaliser leur projet, les fondateurs recourent à des apporteurs de capitaux d'horizons divers, ce qui, excepté les sociétés unipersonnelles², fait de la société commerciale, un gisement financier de plusieurs personnes qui conviennent, d'affecter à une activité, des biens en numéraire, en nature ou de l'industrie, dans le but de partager les bénéfices générés³. De telles sociétés étant créées « *dans l'intérêt commun des associés* »⁴, ces derniers s'engagent à œuvrer pour la préservation de l'intérêt commun⁵.

Au départ de l'aventure sociétaire, c'est donc le parfait idylle entre les partenaires qui ont décidé de regarder dans la même direction et de collaborer sur un pied d'égalité⁶. Une longue collaboration n'étant pas toujours la garantie de bonnes relations, du jour au lendemain, le coude-à-coude peut céder place au corps-à-corps⁷ lorsque par exemple un associé ou un dirigeant choisit délibérément de privilégier son intérêt personnel⁸ contraire à l'intérêt commun des

¹ On saisit mieux pourquoi Jean De Lafontaine écrit que « *toute puissance est faible, à moins que d'être unie* », in J. La Fontaine, *Les Fables*, 18, Livre IV, p. 1668. Dans le même ordre d'idées, V. Sénèque qui disait que « *par l'union, les petites choses grandissent* », in Sénèque, *Lettres à Lucilius*, XCIV, p. 46.

² L'article 5 de l'AUDSCGIE prévoit la possibilité de créer des sociétés unipersonnelles en disposant que « *la société commerciale peut être créée, dans les cas prévus par le présent Acte uniforme, par une seule personne, dénommée associé unique* ». Sur cette société en droit OHADA, cf. pour la SARL, art. 309, pour la SA, art. 385 et pour la SAS, art. 853-2 de l'AUDSCGIE ; lire utilement F. Meman, « La société unipersonnelle dans le droit des sociétés commerciales OHADA : une législation à parfaire », *Penant*, n° 868, sept. 2009, p. 312 et s.

³ Cf. art. 4 al. 1, AUDSCGIE.

⁴ Cf. art. 4 al. 2, AUDSCGIE.

⁵ M. Germain, « L'intérêt commun des associés », *Cahiers du droit de l'entreprise*, 1996, n° 4, p. 13.

⁶ G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, Paris, LGDJ, 16^{ème} éd., 1995, n° 725.

⁷ A. Fénéon, « La mésentente entre associés dans les sociétés anonymes OHADA : prévention et modes de règlement », *Penant*, n° 848, p. 265 et s.

⁸ Dans la Recommandation n° R (2000)10 du Comité des ministres de l'Union Européenne sur le Code de conduite pour les agents publics du 11 mai 2000, le Conseil de l'Europe définit l'intérêt personnel d'un agent ou d'une personne comme « *tout avantage pour lui-même ou elle-même ou*

associés¹. Cette situation peut aussi arriver lorsqu'un dirigeant utilise la société pour le cautionnement de ses dettes personnelles² et le règlement des primes de son assurance ; dispose des biens sociaux comme ses propres biens ou cède à la société un bien lui appartenant personnellement à un prix supérieur au prix du marché.

Des fois, ce sont les associés qui grippent le mouvement sociétaire par leurs actes répréhensibles : un minoritaire ou égalitaire s'oppose à une décision d'une assemblée extraordinaire comme une augmentation du capital³, bien conscient de l'importance pour la société dans le seul but d'obstruer sa bonne marche. C'est également le fait des majoritaires favorables à une mise en réserve des dividendes pour décourager les minoritaires⁴. Les conflits d'intérêts surviennent également quand les majoritaires votent une augmentation du capital dans le seul but de défavoriser la participation des actionnaires minoritaires dans l'entreprise.

En dépit de la pluralité de ces situations conflictuelles, la notion de « *conflits d'intérêts* » n'est pas définie⁵ en droit OHADA, même si plusieurs dispositions de l'AUDSCGIE visent à en assurer une gestion préventive ou curative⁶. Ce silence peut avoir plusieurs explications.

en faveur de sa famille, de parents, des amis ou de personnes proches, ou des personnes ou des organisations avec lesquelles il ou elle a ou a eu des relations d'affaires ou politiques ».

¹ J. Bouveresse, *Les conflits d'intérêts en droit des sociétés*, op.cit, v. Résumé.

² D. Robine, « Le cautionnement par une société civile des dettes de son gérant », *La lettre juridique*, n° 282 du 22 nov. 2007 ; Cass. com, 12 nov. 1969, *Rec. Dalloz*, 1970, p. 108 ; Cass. civ, 1^{re}, 8 nov. 2007, n° 04-17.893.

³ D. Gibirila, « Le refus d'un actionnaire minoritaire de voter une augmentation de capital », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2007, n° 17.

⁴ Cass. com., 8 juill. 2015, n° 13-14.348.

⁵ Sur cette notion, cf. par exemple Ch.-L. Vier, « La notion de conflits d'intérêts », *Actualité Juridique des droits des affaires*, 2012, p. 869 ; J. Moret Bailly, « Définir les conflits d'intérêts », *Rec. Dalloz*, n° 4, 2011, p. 1100 ; M. -A Hermitte, P. Le Coz, « La notion de conflits d'intérêts dans les champs de la santé et de l'environnement », *Journal international de bioéthique*, n° 2, vol. 25, 2014, p. 15 et s.

⁶ Cf. par exemple, les articles 350-356 pour la SARL ; 438-450, 502 pour les SA classiques ; pour 853-14 pour les SAS.

D'abord, le concept d'intérêt, à la base de l'expression « *conflits d'intérêts* », est protéiforme en droit, car il est susceptible de nombreuses acceptions¹.

Ensuite, « *son sens est trop évolutif pour qu'il puisse se laisser enfermer dans une définition stricte* »². On peut, cependant, trouver un trait commun à toutes les définitions de l'intérêt : « *l'idée de valeur, d'avantage, de satisfaction* »³ qui peut permettre de définir brièvement cette notion comme « *ce qui motive les individus à agir* »⁴. L'intérêt peut se comprendre de façon plus large et englober les avantages aussi bien matériels que moraux⁵.

Enfin, le mot « *conflits* », autre composante, de la notion de « *conflits d'intérêts* » n'est pas juridiquement facile à cerner, car il entretient de multiples relations avec la notion de droit où il est parfois assimilé aux litiges, aux contestations ou aux différends⁶. Malgré tout, le conflit peut succinctement être entendu comme une « *opposition de vue ou d'intérêts ; mésentente, situation critique de désaccord pouvant dégénérer en litige ou en procès ou en affrontement de fait* »⁷. Techniquement, un conflit renvoie à une « *relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou*

¹ Cf. F. Ost, *Droit et intérêt*, vol. 2, *Entre droit et non-droit : l'intérêt*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1990, p. 11 et s

² B. Stirn, « Intérêt », in D. Alland et S. Rials (sous dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 4e éd. déc. 2012, p. 842.

³ I. Ndam, « La protection de l'intérêt des créanciers par la réforme du droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif », *RADSP*, vol. VII, n° 14, janv.-juin 2019, p. 42.

⁴ T. Hassler, « L'intérêt commun », *RTDcom*. 1984, p. 582.

⁵ Sur cette distinction en matière contractuelle, v. J. Rochfeld, *Cause et type de contrat*, thèse, LGDJ, 1999, nos 98 et s et M. A. Mouthieu épouse Njandeu, *L'intérêt social en droit des sociétés*, thèse, éd. Etudes africaines, L'Harmattan, 2009, p. 18.

⁶ Sur la distinction entre les notions de litige, conflits ou différends, cf. A. Jeammaud, « Conflit/litige », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 4e éd. déc. 2012, p. 255 et s.

⁷ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 9^{ème} éd., 2011, p.229.

moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements »¹.

De ces définitions, l'on peut inférer celle de « *conflits d'intérêts* » en droit des sociétés, comme une opposition, un désaccord entre ce qui motive les associés, les dirigeants ou la société elle-même à agir. Une telle opposition peut s'établir sur le terrain des avantages aussi bien matériels que moraux recherchés dans une société. Toute opposition entre deux intérêts est donc susceptible de générer un conflit d'intérêts en matière de société. En conséquence, il s'agit dans les faits des situations factuelles ou juridiques qu'il peut être malaisé d'appréhender dans leur globalité et de décrire dans tous leurs éléments ou dans leur complexité.

Malgré tout, les situations de conflit d'intérêts peuvent survenir en cas d'opposition entre un intérêt individuel d'un associé ou d'un dirigeant d'une part, et des intérêts collectifs d'un groupe d'associés, les minoritaires ou les majoritaires, d'autre part. Le conflit d'intérêts dans la société traduit, par conséquent, l'attitude d'un associé ou d'un dirigeant qui décide de sacrifier l'intérêt commun² sur l'autel de ses intérêts personnels, causant ainsi des préjudices notamment à la société. Pareilles situations peuvent également opposer les intérêts de deux groupes d'associés, les minoritaire et les majoritaire, ou ces intérêts à l'intérêt communs des associés voire, à l'intérêt de la société, personne morale. Elles peuvent même affecter deux groupes d'associés égalitaires et entraîner des conséquences irrémédiables comme la dissolution de la société. Il peut également avoir conflits d'intérêts en cas d'opposition entre les intérêts des dirigeants entre eux³ ou de ceux-ci avec les associés ou la société.

¹ A. Jeammaud, « Conflit/litige », in D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 4^{ème}éd. déc. 2012, p. 256.

² A. Pirovano, « La boussole de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise », *Dalloz*, 1997, n° 189 ; M. A. Mouthieu, *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan-Paris, 2009 ; B. Delecourt, *L'intérêt social*, Mémoire, DEA, Lille II, 2000/2001.

³ L'on pense ici par exemple à l'opposition entre les intérêts du président du conseil d'administration et ceux du directeur général d'une SA avec conseil d'administration.

Bien plus, si ces situations de conflits d'intérêts sont liées au fonctionnement des sociétés pluripersonnelles, il n'est pas exclu que ces conflits surviennent dans les sociétés unipersonnelles, spécifiquement dans le cas où l'associé unique est différent du gérant de la société lié à celle-ci par un contrat de travail.

De l'ensemble de ces situations, l'on comprend pourquoi, ailleurs, l'article 2 de la loi française n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, assimile les conflits d'intérêts à « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* ». Une définition semblable vient de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) qui parle d'« *un conflit entre la mission publique et les intérêts privés d'un agent public, dans lequel l'agent public possède à titre privé des intérêts qui pourraient influencer indûment la façon dont il s'acquitte de ses obligations et de ses responsabilités* »¹. Le conflit d'intérêt est d'après le MEDEF, « *le fait qu'une personne risque de perdre son indépendance intellectuelle ou son objectivité et se trouve ainsi fragilisée dans l'exercice de ses responsabilités* »². Pour l'Institut français des administrateurs, il y a conflit d'intérêts lorsqu'un « *administrateur détient ou sert, à titre privé, des intérêts qui pourraient avoir une influence sur son objectivité dans l'exercice de sa fonction* »³.

De manière générale, il y a conflits d'intérêts selon le Professeur Dominique Schmidt, « *lorsque l'intérêt personnel s'oppose à l'intérêt que l'on est en charge de défendre* »⁴. D'autres voient tantôt « *une situation dans laquelle un agent doit trancher à l'occasion d'une opération déterminée, entre l'intérêt qui lui est confié*

¹ OCDE, *Lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public*, 2005, p. 4.

² *Guide du Medef, Prévenir et gérer les conflits d'intérêt dans votre entreprise*, févr. 2011, p. 1.

³ *Note de synthèse de la commission déontologie de l'IFA. Administrateurs & conflits d'intérêts*, Paris, 2010, p. 2.

⁴ D. Schmidt, « *Les associés et les dirigeants sociaux* », *op.cit*, p. 11.

et son intérêt personnel ou celui d'autrui »¹, tantôt « une situation dans laquelle une personne voit ses intérêts personnels entrer en conflit avec des intérêts dont il a la charge »².

L'institution du dispositif de lutte contre les conflits d'intérêts a pour finalité, la protection des intérêts de la personne morale et de la communauté des associés : il s'agit de réduire considérablement les risques de survenance dans les sociétés et de promouvoir une meilleure gouvernance d'entreprise³. Reste à savoir si cet objectif a été atteint dans les marges significatives. En clair, la réglementation des conflits d'intérêts dans l'AUDSCGIE permet-elle d'éradiquer ces conflits ou, à tout le moins, d'en réduire considérablement les risques de survenance et promouvoir suffisamment une meilleure gouvernance d'entreprise ?

La question importe dans la mesure où elle permet de contribuer à l'amélioration du régime juridique des conflits d'intérêts dont la survenance entraîne des conséquences graves pour la société et pour les associés. A l'égard de la société par exemple, les conflits d'intérêts génèrent des « *difficultés dont les plus graves peuvent provoquer sa disparition* »⁴. Du côté des apporteurs de capitaux, ils entraînent la perte de confiance qui conduit dans une large mesure à la disparition de *l'affectio societatis*⁵. L'esprit d'union cède place à la lutte des clans dans le groupement. On comprend immanquablement pourquoi la lutte contre les conflits d'intérêt dans les sociétés préoccupe le législateur africain⁶.

¹ Th. Douville, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, Coll. des thèses, Paris, 2014, n° 78.

² C.-F. Cuif, « Le conflit d'intérêts », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2005, n° 1, p. 1 ; M. M. Mekki, « La lutte contre les conflits d'intérêts : essor de la transparence ou règne de la méfiance ? », *Pouvoirs*, 2013/4, n° 147, p. 18.

³ A. Tienmfoltien Traoré, « La promotion d'une meilleure gouvernance des sociétés commerciales », *op.cit.*, p. 75.

⁴ I. Ndam, « La protection de l'intérêt des créanciers par la réforme du droit OHADA ... », *op. cit.*, p. 42.

⁵ J.-M. De Bermont De Vault, « Le spectre de l'affectio societatis », *Jurisclasseur Périodique*, éd. E, I. 345.

⁶ Cf. par exemple, I. Seck, *La gestion des conflits d'intérêts en droit des sociétés commerciales OHADA*, *op. cit.*, 456 p.

Le décor a été planté depuis le 17 avril 1997, date d'adoption de l'AUDSCGIE originel qui a encadré les conventions pouvant être préjudiciables à la société, réglementé la rémunération des dirigeants¹ et sanctionné les abus commis dans le fonctionnement social². Du fait du caractère évolutif des normes, le dispositif a récemment reçu une cure de jouvence avec l'adoption du nouvel AUDSCGIE en 2014. Ce nouveau texte élargit le périmètre des conventions réglementées³ et des abus⁴, renforce la protection des intérêts catégoriels dans les SA⁵, enrichit les règles régissant les rémunérations sus mentionnées et renforce la sanction des manquements résultant des situations de conflits d'intérêts.

Cependant, en analysant minutieusement ce texte, on s'aperçoit que la législation n'est pas totalement satisfaisante. En d'autres termes, elle ne permet pas d'éradiquer totalement les conflits d'intérêts ou, à tout le moins, d'en réduire considérablement les risques de survenance et de promouvoir suffisamment une meilleure gouvernance d'entreprise. Un tel résultat mitigé résulte d'une réglementation à la fois trop restrictive du domaine des conflits d'intérêts (I) et peu dissuasive des sanctions qui en découlent en cas de survenance (II).

I. Une réglementation trop restrictive du domaine des conflits d'intérêts

Les formalités de constitution terminées, la société a vocation à fonctionner. En cours de vie sociale, les dirigeants sociaux et les associés peuvent profiter de leur position dominante pour privilégier un intérêt personnel à celui de l'entreprise

¹ R. Nevry, « Le régime juridique de la rémunération des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue juridique de l'Océan indien*, n° 21, 2015, pp. 157-185.

² A. Constantin, *Droit des sociétés*, 6^{ème} éd, Dalloz, mémentos, 2014, p. 101.

³ A. TienmfoltienTraoré, « La promotion d'une meilleure gouvernance des sociétés commerciales », *Droit & Patrimoine*, n° 239, septembre 2014, p. 73.

⁴ D. Takafo-Kenfack, « L'élargissement du périmètre des abus dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique révisé : un pari réussi ou une opportunité manquée ? », *Lexbase Afrique-OHADA*, n° 35, 9 juillet 2020, p. 35 et s.

⁵ Lire utilement, entre, C. EtoulaEssoh, *La protection des intérêts catégoriels dans la gestion des sociétés anonymes OHADA*, Thèse, Yaoundé II, 2015 ; A. Nzohabonayo, « protection des intérêts des actionnaires et des créanciers de la société anonyme dans la législation burundaise et le droit communautaire OHADA », *Revue québécoise de droit international*, vol. 2, n° 32, 2019, p. 128.

sociétaire ou pour obtenir de cette dernière, un avantage injustifié¹. Le législateur OHADA a encadré la plupart de situations conflictuelles pouvant gravement porter atteinte à l'intérêt de l'entreprise. Cependant, bon nombre ont été ignorées bien que leur dangerosité soit établie tout comme certains individus. Autant dire que les restrictions du domaine des conflits d'intérêts portent aussi bien sur les personnes (A) que sur les actes (B).

A. Les restrictions relatives aux personnes

La lutte contre des conflits d'intérêts dans les sociétés commerciales ne sera pas gagnée si le législateur OHADA continue d'exclure de la procédure des conventions réglementées dans les sociétés anonymes(1) et dans les sociétés à responsabilité limitée(2), certaines personnes dont les actes peuvent être lourds de conséquences pour l'entreprise en tant qu'entité.

1. Dans les sociétés anonymes

Comme l'écrit le Professeur Hervé Le Nabasque, « *les dirigeants [désignés pour tenir les rênes de l'entreprise] ont bien évidemment l'obligation de ne pas tromper les associés (...), de ne pas abuser des biens ou du crédit de la société, contrairement à l'intérêt de cette dernière, dans leur intérêt personnel* »². Certains succombent à la tentation et réalisent avec la société, des opérations bénéfiques pour eux, mais qui constituent pour elle une menace pouvant entraver son bon fonctionnement et même mettre en cause sa survie. On aurait pu envisager tout simplement une interdiction des conventions entre la société et ses dirigeants ou principaux associés.

Le législateur africain a opté pour une solution médiane en interdisant celles qui par leur nature sont extrêmement dangereuses pour la société en ce qu'elles offrent aux dirigeants, des larges possibilités de puiser dans les fonds sociaux³ :

¹ D. Schmidt, « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », *Recueil Dalloz*, n° 7, 24 février 2013, p. 12.

² H. Le Nabasque « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1999, p. 283.

³ D. Gibirila, *Le dirigeant de société. Statut juridique, social et fiscal*, 1996, n° 455, p. 379.

prêts, découvert, cautionnement. Certaines conventions sont autorisées. Afin de prévenir les conflits d'intérêts qui peuvent naître des organes sociaux, leur validité est subordonnée au respect d'une procédure d'autorisation du conseil d'administration dont l'article 438 de l'AUDSCGIE est le siège pour ce qui est de la société anonyme de type classique¹.

Cet article soumet à la procédure de contrôle, toute convention passée entre la société et un dirigeant, ou l'un de ses actionnaires détenant une participation égale ou supérieure à 10 % du capital. Abstraction n'a pas été faite des conventions dans lesquelles les personnes citées sont indirectement intéressées, tout comme celles passées avec une personne morale dans laquelle un actionnaire détient plus de 10 % des droits de vote. Le dispositif procédural permet « *d'éviter qu'un dirigeant ou un actionnaire détenant un pourcentage déterminé des droits de vote [n'] utilise en dehors de tout contrôle ses pouvoirs ou son influence pour contracter avec la société dans des conditions plus avantageuses que celles que pourrait obtenir un tiers dans le cadre d'une négociation loyale et l'équilibrée avec la société* »².

Une convention qui ne profite pas à la société ne recevra pas l'approbation du conseil d'administration. Curieusement, son refus d'autorisation n'a aucun effet sur la validité de la convention qui demeure valable tant que la nullité n'est pas prononcée par le juge. C'est ce qui fait dire à un auteur que « *bien que le texte*

¹ « Doivent être soumises à l'autorisation préalable du conseil d'administration :

- toute convention entre une société anonyme et l'un de ses administrateurs, directeurs généraux ou directeurs généraux adjoints ; - toute convention entre une société et un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à dix pour cent (10%) du capital de la société ;

- toute convention à laquelle un administrateur, un directeur général, un directeur général adjoint ou un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à dix pour cent (10%) du capital de la société est indirectement intéressé ou dans lesquelles il traite avec la société par personne interposée ;

- toute convention intervenant entre une société et une entreprise ou une personne morale, si l'un des administrateurs ou un directeur général ou un directeur général adjoint ou un actionnaire détenant une participation supérieure ou égale à dix pour cent (10%) du capital de la société est propriétaire de l'entreprise ou associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, administrateur général, administrateur général adjoint, directeur général ou directeur général adjoint de la personne morale contractante ».

² D. Gibrila *Droit des sociétés*, 4^{ème} éd, Ellipses, 2012, n° 538, p. 307.

[...] puisse laisser penser que l'autorisation préalable du conseil d'administration est une condition de validité d'une telle convention, il n'en est rien »¹. Concrètement, il s'agit de s'assurer que la société « ne subisse aucun dommage du seul fait qu'elle a traité avec l'un de ses dirigeants »² ou un actionnaire influent.

En s'en tenant uniquement au dirigeant et à l'actionnaire disposant d'une part considérable des droits de vote, le texte exclut du domaine des conflits d'intérêts, les actionnaires avec des participations inférieures au seuil légal alors qu'ils peuvent entretenir avec la société, des relations leur permettant de retirer un avantage. On voit souvent un actionnaire détenant moins de 10% du capital, donner à bail à la société, un immeuble lui appartenant ou lui céder une propriété personnelle. Ces conventions ne sont-elles pas génératrices de conflit d'intérêts même si le législateur OHADA exclut son bénéficiaire de la procédure des conventions réglementées³.

Des restrictions similaires sont prévues pour la société par actions simplifiées (SAS) à la lecture de l'article 853-14 de l'AUDSCGIE qui ne vise lui aussi que les dirigeants et les associés importants. Les associés de petit calibre peuvent directement contracter avec la société sans que cette situation ne constitue un conflit d'intérêts. L'exclusion des petits actionnaires du domaine des conflits d'intérêts dans les deux formes sociétaires surprend puisque le législateur africain n'a pas expressément prévu que la conclusion d'une convention entre la société et un actionnaire est tributaire du pourcentage de ses actions dans la société. Les inquiétudes sont encore plus profondes lorsqu'on fait des incursions dans les SA avec administrateur général.

¹ V. Magnier, « Mouvements et inerties en matière de conflits d'intérêts dans le cadre du droit des sociétés », *La Semaine Juridique*, éd. G, n° 52, 26 déc. 2011, n° 23, p. 39.

² Y. Guyon, *Droit des affaires*, Tome. I, *Droit commercial général et Sociétés*, Paris, Economica, 12^{ème} éd. , 2003, n° 423.

³ D. Takafo-Kenfack, « La réforme des conventions réglementées dans la société anonyme OHADA : un bilan en demi-teinte ! », *Revue de la Recherche Juridique*, 2017-1, XLII-166, p. 359.

L'article 502 de l'AUDSCGIE dispose en effet que « *l'administrateur général présente à l'assemblée générale ordinaire statuant sur les états financiers de synthèse de l'exercice écoulé, un rapport sur les conventions qu'il a conclues avec la société, directement ou indirectement, ou par personne interposée et sur les conventions passées avec une personne morale dont il est propriétaire, associé indéfiniment responsable ou, d'une manière générale, dirigeant social* ». En vertu de cette disposition, la personne visée est l'administrateur général. Aucun actionnaire indépendamment du pourcentage de son droit de vote n'est cité. Faut-il conclure que dans la SA avec administrateur général, les actionnaires ne peuvent pas passer avec la société des conventions favorables à eux, mais préjudiciables à elle ? On peine à saisir l'application d'un droit à deux vitesses dans des sociétés par actions. Pourquoi pointer du doigt, les conventions conclues par l'actionnaire influent dans la société anonyme avec conseil d'administration et l'admettre dans celle avec administrateur général. Les préjudices que peuvent subir la première de leur fait dépassent-elles de loin celles qui peuvent viser sa jumelle ? Autant d'interrogations dont seul le législateur ou la devra apporter des réponses. Comme l'actionnaire de la SA avec administrateur général ne court aucun risque de conflit d'intérêt, ses proches bénéficient du même traitement comme dans les sociétés à responsabilité limitée¹.

2. Dans les sociétés à responsabilité limitée

Le fonctionnement de la société à responsabilité limitée (SARL) est rythmé par les conventions qu'elle conclut dans le cadre de ses activités². Elle peut de ce fait être le réceptacle des situations de conflits d'intérêts visant les gérants et les associés qui profitent de leur position dominante pour conclure à leur profit, des conventions préjudiciables à l'entreprise et obtenir des avantages

¹ B. Morel, *Les conventions réglementées dans les SA, SAS et SARL*, Mémoire, Lyon III, 2004.

² D. Gibirila, *Le dirigeant de société. Statut juridique, social et fiscal*, op.cit., n° 454.

excessifs¹. Cela explique pourquoi le législateur OHADA soumet la réalisation de telles opérations au contrôle des organes sociaux.

L'article 350 alinéa 1 de l'AUDSCGIE prévoit que « *l'assemblée générale ordinaire se prononce sur les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et l'un de ses gérants ou associés* ». Sont également visées les conventions avec une entreprise dont le propriétaire est simultanément gérant ou associé de la SARL². Dans tous les cas, le législateur cible les gérants et les associés. Sont exclus sur ce point, les proches à la fois du gérant et des associés : conjoint, ascendants et descendants qui peuvent contracter directement avec l'entreprise sans risque de conflit d'intérêt à moins qu'il ne soit prouvé qu'ils aient agi comme des personnes interposées³.

Le concept de personnes interposées est plusieurs fois utilisé par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés qui n'a cru devoir le définir. L'article 350 alinéa 2 soumet par exemple à la procédure de contrôle des conventions réglementées, les conventions dans lesquelles un associé ou un gérant traite avec la société par personne interposée. Il y a interposition quand une personne apparaît dans un acte ou dans une affaire comme le titulaire d'un droit alors que dans la réalité, ce droit appartient à une autre qui préfère rester dans l'anonymat. Dans le cadre des conventions réglementées, c'est une personne physique ou morale qui conclut avec la société, une convention au profit d'un dirigeant, gérant ou associé de SARL⁴.

Bien qu'une présomption d'interposition de personnes n'existe pas entre celles ayant un lien de parenté, il eut été souhaitable de soumettre au régime des conventions réglementées, les conventions intervenues entre la SARL et les

¹ P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, Paris, LGDJ, 6^{ème} éd, 2015, n° 762, p. 512.

² AUDSC-GIE, art. 350 al. 2.

³ D. Loukakou, « Les conventions réglementées dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Penant*, n° 848, p. 330.

⁴ Dossiers pratiques Francis Lefebvre, *Conventions réglementées, Dirigeants visées, Opérations concernées, Procédures à suivre*, 2^{ème} éd, 2010, n° 250.

proches du gérant ou associé en raison des risques de conflits d'intérêts se situent à leur niveau. En prenant le contre-pieds, le législateur OHADA a réduit l'efficacité de la lutte contre le phénomène dans la SARL en donnant la possibilité aux gérants ou associés habiles de faire conclure par leurs proches, des conventions bénéfiques pour eux. Les failles de la réglementation s'étendent à de nombreux actes lourds de conséquences pour l'entreprise, mais qui n'intègrent le champ des conflits d'intérêts.

B. Les restrictions relatives aux actes

Lutter efficacement contre les conflits d'intérêts suppose la prise en compte des cas les plus divers survenus dans le fonctionnement social. C'est pourquoi en plus de la procédure des conventions réglementées, le législateur OHADA charge le conseil d'administration, de l'approbation et la détermination de la rémunération des dirigeants sociaux¹. Le procédé permet de réduire les risques de conflit d'intérêts en s'assurant que les rémunérations perçues sont en adéquation avec la trésorerie de l'entreprise. Malgré ce dynamisme, on constate que le législateur OHADA a gardé le silence sur de nombreuses situations conflictuelles émanant des organes de gestion(1) et des associés(2).

1. Au niveau des organes de direction

Le fonctionnement de la société obéit à des règles précises. Afin que ces règles soient pour le mieux respectées, le législateur OHADA incrimine des comportements constitutifs de conflits d'intérêts accomplis par les gestionnaires dans leur intérêt personnel. C'est le cas de l'abus de biens sociaux, traduisant l'attitude des dirigeants sociaux qui « *traitent le patrimoine social comme leur patrimoine propre, en méconnaissance du principe de séparation des patrimoines, ou qui gèrent la société commerciale dans leur intérêt personnel quand bien même leur mandat est un mandat de gestion dans l'intérêt de la*

¹ V. AUDSCGIE, art. 474, 482 et 490.

société »¹. Il devrait en être de même des abus de pouvoirs, de voix et de savoir qui poursuit le même but. Curieusement, le législateur africain a fait abstraction pour des raisons obscures permettant ainsi aux auteurs de tels actes d'échapper à la sanction des conflits d'intérêts.

Nul doute qu'à la base de la société, se trouvent certains associés qui ne sont « *pas toujours capable[s] d'apprécier la manière dont la société est gérée* »² du fait du manque d'expérience managériale. Pour contourner cet obstacle, la loi et les statuts se rabattent sur les dirigeants en leur conférant de larges pouvoirs³ pour agir au nom de la société. Encore faut-il qu'ils ne se détournent pas et utilisent les pouvoirs dévolus à des fins personnelles : un dirigeant décide sans en informer le conseil d'administration, de l'organisation d'une fusion-absorption lésionnaire pour la société et avantageuse pour d'autres dans lesquelles il a des commissions⁴ ; un gestionnaire de crédit convainc les clients à retirer leurs épargnes pour des placements ailleurs ; un président du conseil d'administration pour s'assurer le contrôle des membres du comité des rémunérations, ne les met pas dans les conditions d'accomplir convenablement leurs missions⁵.

Ce sont autant d'abus de pouvoirs⁶ qui constituent des cas de conflits dont on déplore le défaut d'incriminations en droit OHADA, auquel cas, il faut s'en référer

¹ C. Moukala-Moukoko, *L'état d'application du droit pénal des affaires OHADA dans les États-parties*, Session de formation à l'École régionale supérieure de la magistrature, Porto-Novo, Bénin, 24-27 juill. 2012. p. 14.

² Y. Guyon, *Droit des affaires*, *op.cit.*, p. 377.

³ F. Tagourla, « Les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA à l'épreuve des principes de bonne gouvernance », *Penant*, n° 883, avril-juin 2013, p. 189-221 ; F. K. Deckon, « Les pouvoirs du dirigeant de société commerciale en droit uniforme OHADA », *Revue Africaine de droit, d'économie et de développement*, Vol.3, n° 1, p. 4.

⁴ H. Le Nabasque, « La fusion après acquisition peut constituer un abus de pouvoirs », *Revue de Jurisprudence de droit des Affaires*, 5/96, p. 436.

⁵ P. Le Cannu, B. Dondero, Note CA Versailles, 19 mai 2011, n° 10/01523, *RTD Com*, 2011, p. 368.

⁶ C. Ducouloux-Favard, « Abus de pouvoir. Une prescription butoir, pour qui, pour quoi ? », *LesPetites Affiches*, 14 févr. 1996, n° 20, p. 16.

au droit pénal des États parties. Au Mali¹ par exemple, sont pénalement poursuivis les dirigeants qui, de mauvaise foi, font des pouvoirs qu'ils possèdent, un usage contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles. L'infraction est également prévue en droit nigérien² lorsqu'un administrateur utilise en toute conscience, les pouvoirs qui lui sont dévolus contre les intérêts de cette dernière à des fins personnelles. La répression permet de sanctionner les dirigeants indéliçables en leur rappelant que les pouvoirs à leur disposition le sont dans l'intérêt de l'entreprise. La même logique éclaire l'incrimination de l'abus de voix qui a pour but « *d'empêcher que par la méthode de procuration en blanc remise par les actionnaires aux mandataires sociaux, ceux-ci ne transforment en définitive une démocratie³ en oligarchie, sinon en dictature* »⁴.

Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives⁵. Cependant, il peut arriver qu'il soit dans l'impossibilité de prendre part à l'assemblée. La possibilité lui est donnée de se faire représenter⁶. Certains gestionnaires utilisent les procurations qui leur sont données dans un sens contraire à l'intérêt social. L'exemple le plus significatif est celui qui accepte de représenter un associé à une assemblée en vue de l'adoption d'une délibération, mais s'absente dans le seul but d'empêcher que le quorum requis ne soit atteint. Il en va de même de celui qui à l'occasion d'une assemblée réunie, foule au sol les consignes de vote de l'associé en s'abstenant de voter ou en votant dans un sens contraire à l'occasion de l'assemblée. En se servant des voix dont il dispose pour atteindre un but personnel, le dirigeant social commet un délit d'abus de voix constitutif

¹ L'article 425-5 C. com., vise les gérants de société à responsabilité limitée tandis que l'article 437-4 vise exclusivement les dirigeants de sociétés de capitaux.

² C. com., Art. 480.

³ Y. Guyon, « La société anonyme, une démocratie parfaite ! », *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, pp. 133-146.

⁴ J. Largurier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, 10^{ème} éd, p. 342.

⁵ AUDSC-GIE, art. 125.

⁶ Y. Yaniselly, *La représentation des actionnaires dans les assemblées générales ordinaires de sociétés anonymes*, thèse, Paris II, 1994.

d'une situation de conflit d'intérêts, peu importe qu'en fin de compte, le vote n'ait pas été modifié par ses manœuvres. Ces agissements n'ont pas fait l'objet d'incrimination en droit OHADA. *Quid* du délit d'abus de savoir autrement connu sous le label de délit d'initié qui est l'archétype de la sanction du conflit d'intérêts dans les sociétés cotées ?

Le délit d'initié ou d'utilisation illicite d'informations privilégiées est méconnu en droit OHADA. Selon l'article 135-1 du Code pénal camerounais, c'est le fait pour des dirigeants de sociétés et des personnes « *disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les valeurs mobilières sont négociées sur le marché, de réaliser ou de permettre sciemment de réaliser, directement ou par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations et avec pour but de réaliser un profit indu* ».

Pour plus de précision, le délit d'initié est une infraction du droit boursier consistant pour une personne, d'acheter ou de vendre des titres cotés sur le marché alors qu'elle possède sur l'entreprise par rapport à d'autres, une bonne information privilégiée. L'information privilégiée est celle qui n'est pas publique qui concerne « *un ou plusieurs émetteurs d'instruments financiers, ou un ou plusieurs instruments financiers, et qui si elle était rendue publique, serait susceptible d'avoir une influence sensible sur le cours des instruments financiers concernés* »¹. Ce sont visiblement le président directeur général ou le président du conseil d'administration, les directeurs et administrateurs généraux et éventuellement « *ceux qui, sans exercer de fonctions de direction travaillent dans la société dont les titres ont été négociés* »².

Toutes ces personnes profitent de la primeur de telles informations pour réaliser sur le marché boursier, des profits illicites avant que les autres n'aient eu

¹ Règlement général de l'AMF, art. 621-1.

² D. GatchoupTchinda, « Le délit d'initié dans les marchés boursiers de l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA Droit des affaires -Pratique professionnelle*, n° 4, septembre 2014, p. 137.

connaissance. En procédant de la sorte, elles faussent non seulement le jeu normal du marché qui repose sur l'égalité de traitement de l'information des investisseurs, mais font de leur savoir, un usage contraire aux intérêts de la société et des autres investisseurs à des fins personnelles. De ce fait, l'abus de savoir est une situation de conflit d'intérêt même s'il ne fait pas l'objet d'un encadrement en droit africain qui doit combler ce vide si le législateur veut davantage éradiquer les conflits d'intérêts ou, à tout le moins, d'en réduire considérablement les risques de survenance et promouvoir significativement une meilleure gouvernance d'entreprise. L'urgence est d'autant plus signalée que la quasi-totalité des États membres de l'OHADA dispose des sociétés cotées. Cet argument suffisait aux initiateurs de l'Acte uniforme pour étendre le domaine des conflits d'intérêts au délit d'initié qui n'épargne pas les apporteurs de capitaux.

2. Au niveau des apporteurs de capitaux

Dans les sociétés commerciales, les décisions collectives se prennent en assemblées : lieu par excellence où se réunissent périodiquement les associés pour débattre et voter les délibérations qui leur sont soumises pour la bonne marche de l'entreprise. Le droit de vote¹ est un droit fondamental² pour l'associé qui ne peut en être privé, encore faut-il que la mise en œuvre ne dégénère pas en abus. Il arrive en effet que les titulaires du droit fassent obstruction à des prises de décisions importantes pour l'avenir de la société. Un associé qui use de son droit de vote pour refuser une résolution proposée afin d'appuyer un intérêt personnel abuse de son droit. Un tel rapport de force provenant d'un associé minoritaire, égalitaire ou majoritaire donne lieu à des conflits d'intérêts, dont notamment l'abus de minorité, d'égalité ou de majorité.

¹ A. KongatouaKossonzo, « Le droit de vote dans les sociétés commerciales tels que prévu par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE », *Penant*, n° 873, oct.-déc. 2010, p. 468 et s ; R. Kaddouch, *Le droit de vote de l'associé*, thèse, Marseille, 2001, A. Rocher, *L'exercice du droit de vote dans les sociétés*, Thèse, Lyon III, 2018 ; R. Van Den Driessche, *L'exercice du droit de vote au sein des assemblées générales des sociétés cotées*, Mémoire, Master, Louvain, 2015-2016.

² A. Viandier, « Observations sur les conventions de vote », *JCP* éd. E, 1986, 15045.

Selon l'article 130 alinéa 2 de l'AUDSCGIE, l'abus de majorité correspond à la situation où « *les associés majoritaires ont voté une décision dans leur seul intérêt, contrairement aux intérêts des associés minoritaires, et que cette décision ne puisse être justifiée par l'intérêt de la société* ». Autrement dit, c'est le fait pour les majoritaires d'utiliser leur vote pour prendre une décision dont l'objectif est de nuire aux associés minoritaires¹. L'exemple symptomatique est la non-distribution systématique des dividendes dans le seul but de pénaliser les associés minoritaires en leur supprimant leur droit aux dividendes².

L'article 131 alinéa 2 du même texte définit l'abus de minorité ou d'égalité comme le fait des associés minoritaires ou égalitaires qui, en exerçant leur droit de vote, « *s'opposent à ce que des décisions soient prises, alors qu'elles sont nécessitées par l'intérêt de la société et qu'ils ne peuvent justifier d'un intérêt légitime* ». À en croire le législateur OHADA, les conflits d'intérêts entre les associés ne peuvent exister que lorsqu'en exerçant leurs droits de vote dans le cadre d'une assemblée appelée à délibérer, certains « *débordent ce qui peut être perçu comme étant les conditions normales ou, si l'on préfère, régulières de l'exercice de ce droit* »³. Le danger d'une telle conception est d'exclure du champ des conflits d'intérêts, de nombreux abus commis en amont des assemblées.

L'adoption des délibérations importantes dans les assemblées requiert un quorum et une majorité précis⁴ et dans l'hypothèse où ils n'ont pu être obtenus sur première convocation, l'Acte uniforme prescrit la convocation d'autres assemblées. Le fait pour un associé, fut-il majoritaire de ne pas se faire représenter par un administrateur à une assemblée réunie à l'effet de prendre une décision essentielle, de s'absenter pour des convenances personnelles dans le seul but d'empêcher le quorum requis pour la tenue de l'assemblée d'être

¹ CA, Lyon, Civ. 3, 2 mars 2006.

² Cass. civ, 3^{ème} ch., 12 nov. 2012, n° 14-23716.

³ S. S. Kuate Tameghé « Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », p. 3, disponible sur www.afrilex.u-bordeaux.fr

⁴ AUDSCGIE, art. 552 et 556.

obtenu, constitue à notre sens, un abus et par conséquent conflit d'intérêts. Dans le même sens, un auteur n'a pas manqué d'écrire qu'« *en empêchant [pour des raisons purement personnelles] par divers stratagèmes que le quorum requis soit atteint, dans des circonstances où l'urgence d'une délibération s'impose, il y a à coup sûr abus* »¹. Pourtant, cette situation conflictuelle ne fait pas l'objet d'un encadrement par le législateur OHADA qui semble admettre à tort que le droit de participer aux décisions collectives n'est pas susceptible d'abus.

Les conflits d'intérêts entre associés n'intègrent non plus les abus dans l'exercice des prérogatives autres que politiques à l'instar de l'alerte. C'est une procédure à la disposition du commissaire aux comptes² et des associés consistant à questionner les dirigeants lorsqu'ils ont connaissance d'un ensemble d'éléments de nature à mettre en danger l'activité de l'entreprise. L'objectif est d'inciter les dirigeants à agir avant que la situation ne devienne chaotique.

Selon les articles 157 et 159 de l'AUDSCGIE, les associés disposent des possibilités, soit deux fois par exercice, de questionner le dirigeant sur « *tout fait de nature à compromettre la poursuite de l'exploitation* ». La formule légale est tellement imprécise³ qu'elle laisse une marge de manœuvre considérable aux associés devenus juges de l'opportunité des conditions d'ouverture. C'est l'occasion pour les revanchards ayant perdu de l'influence au sein de l'union, de régler leurs comptes en utilisant de manière intempestive, cette faculté pour fragiliser les dirigeants. En faisant un usage abusif d'une telle prérogative pour défendre ses intérêts personnels, en obstruant la bonne marche de l'entreprise, il y a bien situation de conflits d'intérêts même si le législateur ne le reconnaît pas. C'est le lieu de regretter l'adoption de la même posture en cas d'usage intempestif de l'expertise de gestion.

¹ S. S. Kuate Tameghéop, *cit.*, p. 5.

² P. G. Djessi Djemba, « Le devoir d'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° 6, janvier 2016, p. 380.

³ P. Nguihe Kanté, « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures d'apurement du passif OHADA », *Anales de la FSJP*, université de Dschang, Tome 5, PUA, 2001, n° 26, p. 97.

Une telle expertise est prévue par l'article 159 de l'AUDSCGIE en ces termes, « *un ou plusieurs actionnaires représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander au président de la juridiction compétente du siège social, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion* ». C'est une possibilité offerte aux associés représentant une certaine fraction du capital social de faire ouvrir une enquête sur une ou des opérations de gestion¹. Elle est donc une technique consistant à désigner une personne, l'expert de gestion, chargée de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion déterminées. Même si techniquement, l'expertise de gestion permet aux actionnaires, même minoritaires, d'obtenir un complément d'informations lorsqu'ils s'estiment insuffisamment éclairés sur la bonne marche de l'entreprise par les procédés classiques, son usage abusif est de nature à nuire les dirigeants de la société.

Pareil usage devient traumatisant pour la direction qui doit se livrer à un jeu fréquent de questions-réponses des experts pouvant, à la limite, provoquer sa démotivation. Certes, le législateur n'admet l'expertise qu'à certaines conditions afin que les associés mal intentionnés ne s'en servent abusivement, pour défendre leurs propres intérêts au détriment des intérêts notamment de la société ou des dirigeants, en harcelant ces derniers. On saisit tout logiquement la raison pour laquelle un auteur écrit que l'expertise de gestion ne doit pas être « *demandée à la légère, qu'elle n'a pas été cocue pour permettre aux minoritaires de gérer la société ou imposer leur conception de son administration à ceux qui en ont la charge* ». Mais, même si l'usage abusif du droit de solliciter une expertise de gestion devrait constituer une situation atypique de conflits d'intérêts, cette situation devrait préoccuper le législateur. En gardant silence, le législateur permet ainsi à certains abus d'échapper à la sanction des conflits d'intérêts qui peine à dissuader.

¹ I. Ndam, « L'expertise de gestion et l'administration provisoire dans le nouveau droit OHADA des sociétés commerciales », *Revue Lexbase*, n°44, du 13/05/2021, p. 1.

II. Une réglementation peu dissuasive de la sanction des conflits d'intérêts

L'existence des mécanismes de prévention n'empêche pas la survenance des conflits d'intérêts. Parce que la survenance paralyse le fonctionnement normal de la société et met en danger même sa pérennité¹, les auteurs doivent être exemplairement sanctionnés afin de décourager les éventuels récidivistes et les autres membres du corps social. À cet effet, le législateur OHADA a prévu une gamme variée de sanctions qui donne l'apparence d'un dispositif suffisamment fort(A). Pourtant, l'examen du dispositif révèle au grand jour, des limites(B).

A. Des sanctions apparemment efficaces

La plupart des sanctions des conflits d'intérêts dérivent de la loi (1). Cependant, la société est avant tout un contrat² entre les associés qui peuvent aménager par voies conventionnelles (2) d'autres mécanismes pour préserver l'intérêt social.

1. L'importance des sanctions légales

La sanction des conflits d'intérêts préoccupe le législateur OHADA. A côté des possibilités d'exclusions de l'associé qu'il a légalement prévu, il a fait du juge³, l'homme-orchestre de la lutte contre ces conflits dans le cadre de l'administration provisoire⁴, des abus, de la nullité ou des actions en responsabilité⁵.

En ce qui concerne les possibilités légales d'exclusions d'un associé de la société, l'analyse permet de réaliser qu'elles peuvent être utiles en matière de lutte contre

¹ B. Diallo, M. I. Konaté, B. Y. Meuke, « Gestion de crise en OHADA : anticipation conventionnelle et statutaire – Gestion négociée et règlement des conflits internes », *Jurifis info*, n° 4, juillet-août 2009, p. 2.

² D. Gibirila, *Droit des sociétés*, Col. Ellipses, 4^{ème} éd, n 3, p. 7.

³ V. Y. Magne Fosso, *L'intervention du juge dans le fonctionnement des sociétés commerciales en droit de l'OHADA*, Thèse, Cote d'Azur, 2020.

⁴ B. NjoyaKamga, *L'administration provisoire des sociétés dans l'espace OHADA*, 1^{ère} éd, Veritas, coll. Econmica, 2012.

⁵ A. Akam Akam « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue internationale de droit économique*, 2007/2 - T. XXI, 2, p. 211- 243 ; J. Redenius-Hoevermann, *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand*, Paris, LGDJ, coll. Thèses, Bibliothèque de droit privé, t. 517, p. 2010.

les conflits d'intérêts¹. L'exclusion d'un associé met fin à son appartenance à la société. Dans le système OHADA fondé sur la liberté d'entreprendre ou d'investir, « elle ne devrait résulter que de la volonté de l'associé car autant devenir associé devrait être un acte volontaire de celui qui devient associé, autant cesser de l'être devrait aussi relever de sa volonté »². A l'opposé de l'exclusion conventionnelle peu grave dans la mesure où elle a lieu en vertu des statuts adoptés par les associés y compris celui qui en fait l'objet, l'exclusion légale est un acte grave pour cet associé.

Ce procédé chirurgical d'amputation apparaît à première vue comme une « monstruosité juridique », car le lien qui unit l'associé à la société est un lien contractuel qui ne peut être défait par une volonté simplement légale ou unilatérale³. Cependant, l'exclusion légale de l'associé est, à l'analyse, utile dans la mesure où elle peut permettre d'éviter « un suicide collectif en préservant la pérennité d'un être social économiquement viable auquel attachés des emplois et des richesses »⁴. Tel est le cas lorsque les conflits d'intérêts menacent la survie d'une société économiquement viable alors que l'associé qui est l'auteur refuse systématiquement de mettre un terme à ses agissements.

S'agissant des actions en responsabilité, l'article 891 du nouvel Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose qu'encourent une sanction pénale, les dirigeants « qui, de

¹ Légalement, l'exclusion d'un associé est possible en cas de non-respect des engagements inhérents à sa qualité. Cf., AUDSCGIE, art. 37 al. 1 et 2. De même, l'article 37 al. 2 de l'AUDSCGIE subordonne l'acquisition de la qualité d'associé à la libération des apports dans un délai raisonnable, sinon la société peut procéder à l'échéance à la vente de ses actions. En matière de procédure collective, le souci de sauvetage de l'entreprise en difficulté peut déboucher sur une cession forcée des droits sociaux des associés. Cf. l'art. 127-1 al. 2 et 185 du nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

² Ngamaleu Djuiko, « Les prérogatives non pécuniaires de l'associé dans le droit OHADA », *BDE*, n° 1, 2017, p. 4.

³ Rouen, 8 févr. 1974, *Revue Sociétés*, 1974, p. 507, note Rondière.

⁴ R. Poesy, « Bref retour sur une question controversée : l'exécution judiciaire de l'associé d'une société non cotée », *Rev. Juris. Com.*, 2001, p. 159, 161. Lire utilement, J.-P. Storck, « La constitution d'une société par l'élimination d'un associé », *Revue Sociétés*, 1982, p. 242 ; J.-J. Daigre, « De l'exclusion d'un associé en réponse à une demande de dissolution », *Bull. Joly*, 1996, p. 576.

mauvaise foi, font du bien ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement »¹. En vertu de l'article 5 du Traité instituant l'OHADA² qui confère aux États parties la détermination des sanctions pénales, l'auteur du conflit d'abus en terre camerounaise encourt une peine d'emprisonnement de 1 an à 5 ans et d'une amende de 2.000.000 à 20.000.000 de francs CFA³. Si certaines législations⁴ prévoient de pareilles peines privatives de liberté, le Cameroun est particulièrement dissuasif sur le quantum de la peine d'amende qui ne manque de jouer pleinement sa fonction d'intimidation.

Pour ce qui est des abus, plusieurs observations peuvent être faites. D'une part, l'article 130 de l'AUDSCGIE pris en ses alinéas 1 et 3 a le mérite de préciser que les décisions collectives prises par l'assemblée générale peuvent être annulées pour abus de majorité et engager la responsabilité des associés qui les ont votées à l'égard des associés minoritaires. Les titulaires de l'action sont les minoritaires qui après avoir agi en nullité de la décision querellée⁵ peuvent obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait des majoritaires. Ces derniers doivent être assignés personnellement parce que ce n'est pas la responsabilité civile de la société qui est engagée, mais plutôt la leur.

¹ Sous le règne de l'AUDSCGIE révisé en 2014, cette préoccupation s'est traduite par la consécration des actions civiles contre les associés en cas d'abus de minorité et de majorité et de la sanction pénale des dirigeants coupables du délit d'abus des biens sociaux. Cf. B. Ben Hadj Yahia, « L'abus du crédit ou des biens sociaux », *Revue internationale de droit pénal*, 58^{ème} année, nouvelle série, 1^{er} et 2^{ème} semestre 1987, p. 97-116.

² Traité de Port-Louis, *Journal officiel OHADA*, n° 4, 1^{er} nov. 1997 ; G. De Lafond, « Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Gazette du Palais*, 20-21 sept. 1995, p. 2.

³ Loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression de certaines infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA, art. 15.

⁴ C'est par exemple le cas du Sénégal dont le législateur prévoit 1 an à 5 ans de prison et une amende de 100.000 à 5.000.000 F.cfa. Il en va de même du Code pénal Centrafricain dont l'article 215 punit de 1 an à 5 ans d'emprisonnement et/ou d'une amende de 1.000.000 à 5.000.000 F cfa les auteurs d'abus de biens sociaux et du crédit de la société.

⁵ Cass. com., 13 nov. 2003, n° 00-20.646.

D'autre part, l'abus de minorité était déjà sanctionné dans l'AUDSCGIE de 1997 par la responsabilité civile des minoritaires lorsque dans l'exercice de leur droit de vote, ils créaient un obstacle à la réalisation d'une opération essentielle pour la société et dans l'unique but de favoriser leurs intérêts personnels¹. Si l'allocation des dommages-intérêts, fut-ils élevés devrait « *dissuader les participants à une entreprise donnée de s'opposer de manière égoïste à l'intérêt social en faveur de la satisfaction du leur* »², force est de constater que cette sanction ne permet pas de vaincre la résistance du minoritaire ou de l'égalitaire récalcitrant qui pourra toujours s'opposer à l'adoption de la décision. La question s'est posée de savoir comment sortir du blocage ainsi créé hormis l'allocation des dommages-intérêts.

Ailleurs, dans la recherche des solutions permettant la prise en compte de l'intérêt social, la chambre commerciale de la Cour de cassation française prévoit dans l'arrêt Flandrin³, la possibilité pour le juge de désigner un mandataire *ad hoc* qui représentera les associés défailants dans la prise d'une décision, lors de l'assemblée générale de l'entreprise. Cette solution a été reprise depuis 2014 par l'AUDSCGIE révisé qui a renforcé le dispositif de sanction des abus de minorité et d'égalité en consacrant, en plus des moyens d'obtenir l'allocation des dommages-intérêts des minoritaires ou des égalitaires, la possibilité de saisir le juge qui pourra désigner un mandataire *ad hoc* de voter à leur place⁴.

¹ B. Diallo, M. I. Konaté, B. Y. Meuke, *op.cit*, p. 4.

² S. S. KuateTameghé, *op.cit*, p. 14.

³ Cass. com, 9 mars 1993, n° 91-14.685. Dans cet arrêt, la Haute juridiction affirme que « *le juge ne peut pas se substituer aux organes sociaux légalement compétents et qu'il lui était possible de désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défailants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires* ».

⁴ Cf. AUDSC-GIE, art. 131, al. 3. Lire utilement, B. NjoyaKamga, « Les nouvelles règles de gestion des crises sociales dans l'espace OHADA », p. 5. Communication au colloque co-organisé par le GERDIIC, la Fédération des Clubs OHADA du Cameroun et l'AEDJ-OHADA, lors des Journées annuelles OHADA, Université de Dschang, 30 octobre 2014 sur le thème : « Le nouveau droit des sociétés OHADA (sociétés commerciales/sociétés coopératives) ».

Le mandataire est une personne qui reçoit de l'autre, la mission de réaliser ou d'accomplir un ou des actes en son nom. On le retrouve dans diverses branches du droit et particulièrement en droit des sociétés : mandataire social qui est une personne (gérant, président directeur général, directeur ou administrateur général) représentant l'outil de production ; mandataire judiciaire qui est choisi par le tribunal dans le cadre des entreprises en difficulté pour répondre à un besoin spécifique. Il n'en va pas différemment du mandataire *ad hoc* généralement désigné par le juge pour apporter un concours spécifique à une entreprise dans le besoin. On comprend mieux pourquoi le législateur OHADA ne lui fait appel que dans des cas d'extrême nécessité¹, *idem* pour l'administration provisoire.

Pour ce qui est des nullités, la sanction s'étend aux délibérations votées dans le cadre des conventions réglementées. Dans le souci d'améliorer la transparence de ces conventions, l'Acte uniforme sanctionne des manquements de nature à favoriser les conflits d'intérêts dans le processus de vote. Son article 440 pose le principe selon lequel l'administrateur, le directeur général, le directeur général délégué ou l'actionnaire détenant plus de 10 % des droits de vote ne peut pas prendre part au vote sur l'autorisation du conseil d'administration sollicitée et que ses actions ne sont pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité à peine de nullité. À la lecture, on peut penser que l'intéressé n'est pas convoqué à la délibération du conseil. Il y participe et peut même s'exprimer, mais ne doit prendre part au vote lorsque le conseil statue sur l'autorisation au risque d'entraîner l'annulation pure et simple. Les décisions portant rémunérations des dirigeants de sociétés de capitaux sont sous le même régime de sanction si

¹ L'intervention du mandataire *ad hoc* n'est pas limitée aux situations d'abus de minorité et d'égalité. Il est également appelé lorsque les dirigeants n'ont pas pu consulter dans un délai d'un an au moins avant la date d'expiration de la société, les associés à l'effet de décider si celle-ci doit ou non être prorogée. V. AUSC, Art. 36 : « à défaut, tout associé peut demander au président de la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est situé le siège social, statuant à bref délai, la désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé de provoquer la consultation prévue à l'article précédent ».

jamais ils prennent part au vote où leurs voix sont comptées pour le calcul du quorum et de la majorité¹.

La nullité n'épargne pas les délibérations portant approbation des conventions en l'absence du rapport de l'auditeur légal. En effet, l'article 440 alinéa 7 de l'AUDSCGIE prévoit que « *les délibérations portant approbation des conventions visées à l'article 438 ci-dessus sont nulles lorsqu'elles sont prises à défaut du rapport spécial du commissaire aux comptes* ». On ne comprend pas comment le commissaire au compte qui ne participe pas à la réunion du conseil d'administration statuant sur l'autorisation des conventions visées peut se permettre de les approuver sans le rapport de l'auditeur légal supposé l'éclairer. Tout est possible surtout lorsqu'on est en présence d'une assemblée d'actionnaires acquise à la cause d'un dirigeant. Le doyen Ripert écrivait que « *la décision de l'assemblée est une approbation aveugle de la décision du conseil d'administration [...] les actionnaires sont résignés à ne rien comprendre, à ne rien savoir. Ils se fient aux administrateurs* »². L'extension de la nullité contribue au renforcement du rôle du commissaire aux comptes et à la revalorisation de son rapport qui doit contenir les informations prévues à l'article 440 à peine de nullité.

S'agissant de l'admission provisoire, l'institution est une émanation de l'Arrêt Fruehauf dans laquelle la Cour d'appel de Paris déclarait : « *si, en principe, il n'appartient pas au juge des référés de substituer un administrateur provisoire aux organes d'administration de la société, cette règle est toutefois susceptible d'infléchissement lorsque le fonctionnement normal de la société n'est plus assuré, qu'elle est menacée de ruine ou que sa gestion est manifestement empêchée par des dissentiments graves entre associés* »³. C'est à la faveur de la réforme du droit des sociétés commerciales OHADA⁴, que l'institution de

¹ AUDSCGIE, art. 474, 482 et s.

² G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1951, n° 42, p. 98.

³ Arrêt Fruehauf, CA, Paris 22 mai 1965, *Dalloz, Jurisprudence*, 1968, p. 147.

⁴ P. A. Badji, *La réforme du droit des sociétés commerciales OHADA*, L'Harmattan, 2016.

l'administration provisoire a connu une consécration légale en matière du droit des sociétés. Bien avant la réforme, elle était utilisée comme moyen de résolution des crises dans le secteur bancaire et des assurances.

Selon l'article 160 de l'AUDSCGIE, « *lorsque le fonctionnement normal de la société est rendu impossible, soit du fait des organes de gestion, de direction ou d'administration, soit du fait des associés, la juridiction compétente statuant à bref délai, peut décider de nommer un administrateur provisoire aux fins d'assurer momentanément la gestion des affaires sociales* ». Cette disposition a le mérite de définir les conditions dans lesquelles l'administrateur provisoire sera désigné : impossibilité de fonctionnement normal de la société du fait des organes de gestion, de direction ou d'administration, soit du fait des associés¹.

Il s'agit d'une personne désignée à titre exceptionnel par le juge à l'effet d'assurer temporairement la gestion d'une société faisant face à une crise sociale qui peut être un conflit d'intérêt émanant aussi bien des dirigeants que des associés. La présence de l'administration provisoire est d'autant plus importante qu'elle peut « *aider à dénouer les situations de paralysie sociale* »² les plus graves. Saisi d'une requête des organes sociaux, le juge nomme une personne physique en qualité d'administrateur après vérification qu'il remplit les conditions de qualification et de réputation.

On peut reconnaître dans l'intervention de cet étranger, le mérite de neutraliser aussi les organes de gestion auteurs des conflits d'intérêts que les associés en cas de mésentente conjugale³ et de résoudre la crise qui motive son intervention. Cependant, sa présence peut être stigmatisée. En effet, l'administration provisoire peut déboucher sur un dessaisissement des véritables propriétaires de l'entreprise au profit d'un tiers devenu seul acteur du processus

¹ I. Ndam, « L'expertise de gestion et l'administration provisoire dans le nouveau droit OHADA des sociétés commerciales », *Revue Lexbase*, n°44, 13 mai 2021, p. 56-74.

² B. NjoyaKamga, *L'administration provisoire des sociétés dans l'espace OHADA*, op.cit, n° 2, p. 15.

³ Ch. Leduque « Désignation d'un administrateur provisoire en cas de mésentente conjugale : quelles conditions ? », *Revue Bacaly*, n° 11, octobre 2017-septembre 2018, p. 2 et s.

décisionnel. En outre, le mécanisme porte atteinte non seulement au droit fondamental des associés de désigner librement leurs dirigeants, mais également lève facilement le voile sur les difficultés réelles ou supposées de l'entreprise. C'est pourquoi les associés avisés préfèrent à la naissance de la société ou en cours de vie sociale, s'entourer des solutions conventionnelles inscrites dans les statuts ou les pactes d'actionnaires qui peuvent prévoir des sanctions conventionnelles d'une vigueur certaine.

2. La vigueur des sanctions conventionnelles

Si l'on fait abstraction des débats doctrinaux sur la nature juridique de la société¹, celle-ci est dans l'OHADA, en principe un acte collectif, c'est-à-dire un contrat et exceptionnellement un acte individuel ou encore une institution. L'analyse contractuelle de la société permet de se rendre compte que malgré les incursions du législateur, les associés ont encore des pouvoirs d'organisation de la vie sociale. Ainsi, peuvent-ils de leur propre chef, à la naissance de la société ou en cours de vie sociale², initier des sanctions des conflits d'intérêts consistant dans la suspension ou l'exclusion forcée d'un des leurs de la société.

Certes, en raison des apports faits à la société en vue de sa constitution, tout associé acquiert un droit intangible de demeurer dans la structure en vertu du droit de propriété attaché à ses parts³. En principe, il n'est pas possible de le suspendre ou de le contraindre de se retirer ou de céder ses parts contre son

¹ La nature juridique de la société est au cœur d'une controverse doctrinale qui a duré dans le temps. Lire utilement, entre autres, J. Mestre, « La société est bien encore un contrat », in *Mélanges Christian Mouly*, LexisNexis, 1998, p. 131 et s ; R. Libchaber, « La société, contrat spécial », in *Dialogue avec Michel Jeantin*, p. 281 ; J.-P. Bertel, « Liberté contractuelle et société-Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés », *RTD Com.* 1996, p. 595 ; D. Legeais, *Droit commercial et des affaires*, Paris, Dalloz, 27^e éd., 2021, p. 192 ; P. Didier, « Note sur le contrat-organisation », in *Mélanges offerts à François Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999, p. 635 et s ; « Le consentement avec l'échange : le contrat de société », *RJ com*, nov. 1995, p. 75 s ; J.- F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, 596 p et S. Lequette, *Le contrat-coopération : contribution à la théorie générale du contrat*, Paris, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2012, 514 p.

² CA, Paris, 27 mars 2001, *Revue trimestrielle de droit et de jurisprudence des affaires*, TDJA, 10/01, n° 973.

³ Cf. l'art. 544 du Code civil de 1804 applicable dans la plupart de pays francophones membres de l'OHADA.

gré. Il est libre de rester dans la société. Il peut même être contraint d'y demeurer par la limitation conventionnelle de la cessibilité des titres sociaux¹ ou par les clauses d'incessibilités de ces titres². Cependant, en dehors des cas d'exclusions légalement prévus, l'associé peut conventionnellement être suspendu ou exclu de la société.

De manière générale, c'est-à-dire en ce qui concerne l'ensemble des sociétés, sous réserve des dispositions de l'AUDSCGIE auxquelles il ne peut être dérogé et des clauses des statuts, les associés peuvent conclure des conventions extrastatutaires en vue notamment d'organiser, selon les modalités voulues par eux-mêmes, les relations entre associés, la composition des organes sociaux, la conduite des affaires sociales, l'accès au capital ou la transmission des titres sociaux³. Les associés sont donc libres de fixer des clauses d'exclusion de l'associé⁴ devenu un élément perturbateur pour le bon fonctionnement de l'entreprise, à travers des clauses prévoyant des cessions forcées de titres sociaux.

Dans le cas spécifique des sociétés par actions simplifiées par exemple, les statuts peuvent prévoir qu'un associé peut être tenu de céder ses actions dans les conditions qu'ils déterminent⁵. Pour contraindre l'associé ainsi tenu de céder ses actions, les statuts peuvent également prévoir la suspension des droits non pécuniaires de cet associé tant qu'il n'aura pas procédé à la cession de ses titres⁶.

¹ Sur la limitation conventionnelle de la transmissibilité des titres sociaux, Cf. par exemple l'art. 765-1 et 769 de l'AUDSCGIE, s'agissant des sociétés par actions.

² Cf. par exemple, art. 626-1 de l'AUDSCGIE ; 57 et 127-1 al. 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif,

³ Cf. art. 2-1, AUDSCGIE.

⁴ Cf. S. Toé, « L'exclusion d'un associé en droit OHADA des sociétés commerciales », *Penant*, n° 908, juill. 2019, p. 319 et s.

⁵ Cf. art. 853-19 al. 1, AUDSCGIE.

⁶ Cf. art. 853-19 al. 1, AUDSCGIE

Les associés peuvent donc prévoir dans les statuts ou les pactes d'actionnaires¹ la possibilité d'exclusion du groupement de l'un de ses membres si certains évènements surviennent ou encore s'il vient à poser des actes mettant en cause l'intérêt social : détournement de tout ou partie d'actifs, concurrence déloyale, conflit d'intérêts. En conséquence, lorsque survient le conflit d'intérêts mettant en cause un associé, il fera l'objet de la procédure d'exclusion si les statuts ou un pacte d'actionnaire le prévoit. Encore faut-il que la clause soit précise² et prévoit la contrepartie financière due à l'associé au titre de la vente forcée de ses droits sociaux.

De telles prévisions importent d'autant plus qu'elles évitent la dissolution. L'article 200-5 de l'AUDSCGIE prévoit en cas de conflits empêchant le fonctionnement normal de la société, la dissolution de l'outil de production. Une telle mesure est lourde de conséquences pour les autres associés qui auraient souhaités continuer l'aventure, mais qui assistent à la cessation d'activité du fait d'un d'entre eux³. La cessation d'activité entraîne la perte des emplois qui faisaient vivre les travailleurs désormais au banc des laissés-pour-compte. C'est pour éviter ces effets indésirables de la dissolution de l'entreprise que l'alternative a été trouvée dans les clauses conventionnelles d'exclusion qui privilégient l'intérêt social à l'intérêt personnel de l'associé défaillant. Procède de la même finalité, les clauses de retrait.

¹ Sur ces pactes d'actionnaires en droit OHADA, cf. par exemple D. Pohé, *Droit des sociétés commerciales et coopératives dans l'espace OHADA*, coll. *Droit uniforme africain*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2019, p. 310 et s.

² Cass. com., 13 déc. 1994, JCP. E, 1995, éd. E, I. 447, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain. Dans cet arrêt de principe, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a indiqué que « *les statuts de la société ne prévoyant pas la possibilité d'exclure un actionnaire, les juges de fond ont estimé à bon droit que la société n'était pas fondée à ordonner la cession forcée de leurs titres par les deux actionnaires ayant fait l'objet d'une prise de contrôle interne* ».

³ B. Diallo, M. I. Konaté, B. Y. Meuke, *op.cit.*, p. 9.

Libre de faire partie de l'aventure sociétaire, l'associé est également en droit de se retirer à tout moment en raison de la prohibition de la perpétuité des engagements contractuels¹.

Comme dans l'hypothèse des clauses d'exclusion, les clauses de retrait doivent être rédigées avec une très grande précaution. En cas de survenance d'un conflit d'intérêt, l'associé pourra quitter la société à charge pour l'un des associés de lui racheter ses titres : on parle de procédure de rachat forcé car l'associé qui quitte l'actionariat a droit au remboursement de la valeur du capital investi dans la société. D'où un certain rapprochement entre la clause d'exclusion et celle de retrait qui débouchent toutes, sur un remboursement de la valeur des droits sociaux de l'associé visé. Quoi qu'il en soit, ces sanctions sont extrêmement graves, car elles aboutissent à l'exclusion de l'associé, auteur du conflit d'intérêts, du navire social contrairement à d'autres sanctions dont les doutes planent sur leur effectivité malgré un dynamisme récent.

B. Des sanctions réellement limitées

Bien que le dispositif de sanction des conflits d'intérêts dans la zone OHADA s'est considérablement étoffé avec le nouvel AUDSCGIE, il peine toujours à convaincre du fait de la dimension symbolique de certaines sanctions (1) et de l'imprécision des modalités de la réparation (2).

1. La dimension symbolique de certaines sanctions

La dimension symbolique des sanctions vise bien évidemment la nullité des conventions conclues en violation de la procédure d'autorisation supposée limiter les risques de conflits d'intérêts. En vertu de l'article 444 AUDSCGIE, « *sans préjudice de la responsabilité de l'administrateur intéressé, les conventions (...) conclues sans autorisation préalable du conseil d'administration*

¹ En droit français, l'article 1869 du Code civil qui dispose : « *un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut après autorisation donnée par une décision unanime des associés* ». De cette disposition, on comprend que les statuts ou les pactes d'actionnaires peuvent aménager des possibilités de retrait pour l'associé en cas de réalisation d'évènements stipulés. C'est notamment le cas en cas de conflits d'intérêts lorsque les parties n'envisagent pas la dissolution de la société.

peuvent être annulées si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société ». La sanction vise-t-elle uniquement la convention qui n'a pas été préalablement soumise à l'approbation du conseil ou également celle qui a été soumise, mais que le conseil n'a pas validée pour une raison quelconque ? Au premier abord, on pourrait penser que le défaut d'autorisation s'entend seulement au cas où le conseil n'a pas été consulté si l'on s'en tient à l'article 447 qui proclame la couverture de la nullité par un rapport spécial du contrôleur des comptes exposant les circonstances en raison desquelles la procédure d'autorisation n'a pas été suivie. Il faut pourtant y associer l'hypothèse du refus d'autorisation puisque dans un cas comme dans l'autre, le résultat est le même : le défaut d'autorisation¹ qui appelle l'annulation de la convention. L'annulation de la convention non autorisée ne s'opère pas de plein droit, sauf si elle a des conséquences dommageables pour la société.

À dire vrai, ce raisonnement du législateur a de quoi surprendre. Le succès de l'action en annulation dépend de l'appréciation souveraine du juge qui décide du caractère dommageable ou non de la convention. Il n'est pas rare de voir certains organes judiciaires proches du dirigeant ou de l'actionnaire intéressé, se prononcer contre l'annulation quand bien même, la convention serait préjudiciable à la société. Comme l'écrit un auteur, « *même lorsqu'il constate que la convention produit des conséquences préjudiciables, le juge apprécie souverainement l'opportunité de prononcer l'annulation* »². Soumettre l'annulation des conventions non autorisées à la condition des « *conséquences préjudiciables* » est contre-productif en ce qu'il ne permet pas toujours de prévenir et de sanctionner efficacement les conflits d'intérêts. Il est rare de voir le conseil, invalider une convention avec la pleine conscience qu'elle peut profiter à la société. S'il conclut au refus, c'est après s'être assuré que l'opération sera préjudiciable. Conditionner encore la nullité d'une telle convention à l'existence

¹ P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés, op.cit.*, n° 761, p. 511.

² D. Schmidt, « Des « conventions réglementées » à la publication des transactions entre parties liées », *op. cit.*, p. 656.

des conséquences dommageables pour la société n'est plus d'aucune utilité, puisque le refus d'autorisation découle déjà du caractère préjudiciable, encore plus accentuée lorsqu'on est en présence des conventions n'ayant pas été soumises à autorisation.

Sauf cas de mésentente entre actionnaires¹, un dirigeant ne doit pas se permettre d'engager la société dans des opérations qui mettent en cause son patrimoine, sans s'être préalablement rapproché du conseil d'administration. On peut imaginer qu'un dirigeant ait décidé de ne pas consulter le conseil d'administration parce qu'il a la conviction que la convention profite à la société. C'est pourquoi le législateur OHADA prévoit la régularisation. Il s'agit toutefois d'une procédure à haut risque, la personne intéressée bien qu'absente au vote peut tenter par tous les moyens d'amadouer les membres de l'assemblée, encore plus facilement s'il est actionnaire majoritaire. Pour une meilleure protection des intérêts de la société, le défaut de consultation devrait être interprété comme l'attitude de celui qui n'a pas voulu approcher le conseil de peur qu'il ne découvre les avantages qu'il pouvait tirer de la convention au détriment de la société.

La non-consultation du conseil devrait donner lieu à l'annulation pure et simple de la convention. Cela est d'autant plus vrai qu'en donnant légalement la possibilité au dirigeant, de contourner le conseil par voie de régularisation, il est possible qu'il exploite ce moyen de droit à des fins personnelles en invoquant à tout moment, les arguments fallacieux pour justifier le non-respect de la procédure de contrôle. La souplesse des sanctions est aggravée en ce que l'article 447 alinéa 1 de l'AUDSCGIE prévoit que la nullité peut toujours être couverte par un vote de l'assemblée générale sur un rapport spécial des commissaires aux comptes. En l'absence des précisions légales, on peine à imaginer les arguments que la personne intéressée peut invoquer pour convaincre l'assemblée générale à valider une convention passée en violation de

¹ A. Fénéon, « La mésentente entre associés de la société anonyme OHADA », *Penant*, n° 848, p. 265.

la procédure de contrôle. Ayant dissimulé une convention au conseil, l'intéressé s'en sort grâce aux manœuvres que lui concède la loi.

Les mêmes inquiétudes s'étendent aux conventions non approuvées par l'assemblée des actionnaires qui devraient être annulées de plein droit. Seulement, le droit OHADA n'admet une telle sanction qu'en cas de fraude. L'article 443 alinéa 1 de l'AUDSCGIE précise que « *les conventions approuvées ou désapprouvées par l'assemblée générale ordinaire produisent leurs effets à l'égard des cocontractants et des tiers sauf lorsqu'elles sont annulées pour fraude* ». L'invocation de la fraude ne suffit pas pour obtenir l'annulation puisqu'elle doit être prouvée. Doit-on conclure que tout a été mis en œuvre par la réglementation pour faciliter la validation des conventions conclues en violation de la procédure légale ? La même réglementation prévoit qu'en l'absence de fraude, la convention est exécutoire, c'est-à-dire qu'elle produit ses effets que l'assemblée l'ait approuvée ou non, à charge pour la personne intéressée et, éventuellement, les membres du conseil, de répondre si elles ont eu des conséquences dommageables pour la société. La légèreté blâmable du législateur communautaire risque de saper les avancées récemment réalisées sur le terrain de la sanction des conflits d'intérêts, si on y associe l'imprécision des modalités de la réparation.

2. L'imprécision des modalités de la réparation

L'article 1382 du Code civil de 1804 (aujourd'hui article 1240 du Code civil français) applicable dans la plupart d'États membres de l'OHADA prévoit 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* ». Conformément à cette disposition, le dirigeant ou l'associé, auteur du conflit d'intérêts qui par son comportement, cause un préjudice à la société et à d'autres associés leur doit réparation approuvée par le plus grand nombre en cas d'abus de minorité¹ ou d'égalité et d'abus de majorité. Si la réparation est facilement envisageable lorsqu'on est en

¹ F.-X. Lucas « La réparation du préjudice causé par un abus de minorité en droit des sociétés », *Les Petites Affiches*, n° 110, 12 septembre 1997, p. 10.

présence d'un seul associé, des difficultés vont surgir quand le conflit d'intérêts est perpétré par plusieurs associés du moment où le législateur OHADA n'a pas réglé avec précision les modalités de la réparation¹.

En pareille situation², il est important de se référer aux alinéas 2 des articles 161 et 165 de l'AUDSCGIE. L'alinéa 2 de l'article 161 est sans équivoque : « *si plusieurs dirigeants sociaux ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers. Toutefois, dans leurs rapports entre eux, le tribunal chargé des affaires commerciales détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage* ». L'article 165 alinéa 2 complète ces prévisions en ces termes : « *si plusieurs dirigeants sociaux ont participé aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage* ».

Va-t-il sans dire qu'en l'état actuel du droit OHADA, lorsque plusieurs associés minoritaires, égalitaires ou majoritaires ont dans l'exercice de leur droit de vote, porté atteinte à l'intérêt social en privilégiant leurs intérêts égoïstes, la juridiction compétente est en droit d'exiger de chaque associé, la réparation de tout le dommage même si en réalité, ce dernier n'était responsable que d'avoir causé 10% des dommages. Cet emprunt du régime de la responsabilité des dirigeants ayant participé au même fait est bénéfique pour la victime qui n'aura pas à multiplier les actions individuelles contre chaque associé civilement responsable. Vivement, que les prochaines reformes y pensent.

Aux termes de cette étude consacrée aux conflits d'intérêts dans l'AUDSCGIE, force est de constater que le dispositif de lutte mis en place n'est pas entièrement satisfaisant. Un tel résultat mitigé résulte d'une réglementation à la fois trop restrictive du domaine des conflits d'intérêts et peu dissuasive des sanctions de ces conflits.

¹ S.S. KuateTameghé (S. S.), *op.cit*, p. 15.

² *Ibidem*.

Dans le premier cas, les restrictions du domaine des conflits d'intérêts portent aussi bien sur les personnes que sur les actes. Si le législateur africain a encadré les situations conflictuelles pouvant gravement porter atteinte à l'intérêt de l'entreprise, il a cependant ignoré bon nombre. Il en va de même des acteurs pouvant être auteurs de ces conflits dont plusieurs manquent à l'appel.

Dans le second cas, le législateur OHADA a prévu plusieurs sanctions des conflits d'intérêts qui donnent l'apparence d'un dispositif théoriquement suffisamment fort. Pourtant, l'examen du dispositif révèle au grand jour, des limites. Bien que le dispositif de sanction des conflits d'intérêts dans la zone OHADA s'est considérablement étoffé avec le nouvel AUDSCGIE, il peine toujours à convaincre du fait de la dimension symbolique de certaines sanctions et de l'imprécision des modalités de la réparation. Certes, on note un renforcement des sanctions avec l'institution de l'administration provisoire, du mandataire *ad hoc* et le durcissement de la nullité des délibérations. Il n'en demeure pas moins qu'on déplore la dimension symbolique de certaines sanctions comme la nullité des conventions irrégulières (dont le législateur a prévu des voies de contournement) et les incohérences entourant les modalités de la réparation.

La somme des insuffisances inventoriées explique pourquoi la réglementation des conflits d'intérêts dans la zone OHADA ne peut pas servir de modèle d'inspiration à moins de retourner chez le législateur pour un nouveau vêtement juridique. Mais, à quand ce retour envisageable ? Le temps nous le dira !

**La bonne foi : notion-cadre régulatrice du
comportement du débiteur
dans les procédures collectives OHADA**

KOUNDE EBENE Princesse de Christ - Docteur/Ph.D. en droit privé

Université de Dschang (Cameroun)

Et

DOUNKING AMFOUO Synthia Pamela

Doctorante en droit privé

Université de Dschang (Cameroun)

RÉSUMÉ

Les procédures collectives sont mises en œuvre lorsque le débiteur n'est plus à même d'honorer ses engagements en payant ses dettes. Il y'a lieu de dire que le débiteur connaît de sérieuses difficultés. Y étant il peut avoir un comportement répréhensible au cours du sauvetage de l'entreprise. Ainsi, Afin de parvenir à un traitement efficace des entreprises en difficultés, le législateur OHADA a mis sur pied un ensemble de mesures contraignantes de nature à garantir la bonne conduite du débiteur. Ces mesures participent à garantir la sincérité du comportement du débiteur dans le déclenchement et le déroulement des procédures. Au rang de celles-ci figure le principe de bonne foi. C'est dans le souci de moraliser la conduite du débiteur que l'exigence de bonne foi est requise. La bonne foi est considérée comme une norme de conduite pour le débiteur. De ce fait, elle participe à une efficacité des procédures collectives en assurant un bon comportement du débiteur. À l'analyse, l'exigence de la bonne foi se révèle comme un canalisateur du comportement du débiteur, car elle est garante de la probité de ce dernier dans le déclenchement des procédures, mais également de la moralisation de son comportement dans le déroulement des procédures.

Les procédures collectives sont mises en œuvre lorsque le débiteur n'est plus à même d'honorer ses engagements en payant ses dettes. Il y'a lieu de dire que le débiteur connaît de sérieuses difficultés¹. Permettre au débiteur de rebondir après de sérieuses difficultés est en effet une des grandes questions qui occupent actuellement le droit des entreprises en difficulté. Il s'agit de mettre en place un cadre approprié possible pour donner une seconde chance aux entrepreneurs qui ont connu une défaillance². Les procédures collectives s'entendent des mesures judiciaires ouvertes lorsque le débiteur professionnel ou la personne morale de droit privé n'est plus à mesure de payer ses dettes, ou tout le moins connaît de sérieuses difficultés financières et souhaite garantir la poursuite de l'activité, maintenir l'emploi tout en respectant l'intérêt des créanciers³. Toutefois, le débiteur qui n'est plus à mesure de payer ses dettes, ou tout le moins connaît de sérieuses difficultés financières peut adopter un comportement répréhensible qui peut peser sur le milieu économique. Le risque serait qu'il multiplie les défaillances laissant derrière lui des salariés privés d'emploi, des fournisseurs impayés et fragilisés, des créances fiscales et sociales en souffrance en adoptant un comportement déloyal⁴. Ainsi, afin de parvenir à un traitement efficace des entreprises en difficultés, le législateur OHADA a mis sur pied un ensemble de mesures contraignantes de nature à garantir la bonne conduite du débiteur. Ces mesures participent à garantir la sincérité du

¹ NANDJIP MONEYANG (S.), « La réforme des procédures collectives : quelle avancée pour le traitement des difficultés de l'entreprise », *La lettre juridique*, n° 708 du 27 juillet 2017, p. 32 et s.

² TJOUEN (A-F.), « La graduation des finalités du droit OHADA des entreprises en difficulté », *La lettre juridique*, n° 710 du 7 septembre 2017, p. 9.

³ SAWADOGO (F.M.), « La remise en cause des obligations en droit des procédures collectives par la règle du zéro heure en Afrique francophone », in l'obligation, *Harmattan*, Cameroun, 2015, p. 836. Le traitement des difficultés dans notre zone géographique a connu une avancée louable au traitement des difficultés notamment par la réforme de l'Acte Uniforme Portant Organisation Des Procédures Collectives D'apurement Du Passif de 1998, adopté Le 10/09/2015 en abrégé AUPCAP.

⁴ Dans le traitement des procédures collectives, la question de loyauté et de l'impartialité du débiteur se pose avec acuité en raison du caractère judiciaire et des intérêts contradictoires qu'il faut tenter de concilier. ROUSSEL GALLE (Ph.), « Loyauté et impartialité dans le traitement des procédures collectives, in colloque loyauté et impartialité en droit des affaires », *Gazette du Palais*, 2012, n° 145, p.78.

comportement du débiteur dans le déclenchement et le déroulement des procédures. Au cœur du dispositif de l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif¹ figure le principe de bonne foi. Ce principe est déductible au regard de la lettre et de l'esprit du législateur OHADA, à travers l'exigence de loyauté², mais aussi à travers l'existence de diverses restrictions, interdictions et sanctions.

La notion de bonne foi demeure une notion difficile à cerner. En effet, il s'agit d'une notion cadre³, une notion plastique⁴dépourvue de contenu déterminé⁵. Entendue dans le sens d'un comportement loyal et honnête, la bonne foi est bien connue du droit du surendettement, mais elle est restée pendant longtemps, au moins en apparence, un concept ignoré du droit des entreprises en difficulté. La notion a cependant récemment fait son entrée dans cette matière. La bonne foi est considérée comme une norme de conduite pour le débiteur. De ce fait, elle participe à une efficacité des procédures collectives en assurant un bon comportement du débiteur. La bonne foi du débiteur fait référence, non à la croyance ou à la connaissance d'une situation juridique donnée, mais plutôt au comportement loyal. Ainsi, le débiteur de bonne foi est celui qui se comporte ou agit de manière loyale, droite, juste et honnête. A *contrario*, le débiteur de mauvaise foi serait celui qui a un comportement déloyal, qui fait preuve de duplicité, de perfidie, qui emprunte les voies tortueuses de la malhonnêteté. Ainsi, le principe de bonne foi s'apparente à une règle d'évaluation

¹ En abrégé AUPCAP.

² Art. 5 de l'AUPCAP.

³ Selon le Professeur CORNU (G.), une notion-cadre est une notion générique qui a pour but de donner une idée générale à des exemples particuliers, mais qui ne saurait en faire jaillir à toutes les applications. La notion-cadre précise CORNU, a un pouvoir évocateur qui rachète l'imprécision de son énoncé. Sa technique n'est pas de fournir une liste exhaustive des matières auxquelles elle va s'appliquer, mais de définir un cadre général aux frontières précises pouvant embrasser un certain nombre de situations. CORNU (G.), *Le principe de bonne foi*, Thèse de Doctorat, Paris, 1928, p. 9 cité également par PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Thèse de Doctorat, Dijon, LGDJ, 1989, p. 86.

⁴ BENABENT (A.), *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 6^{ème} éd. 1997, n°285, p.188.

⁵ AMIC (L.), *La loyauté dans les rapports de travail*, Thèse de Doctorat, Université d'Avignon, 2014, p. 8.

du comportement du débiteur¹ qui fait l'objet des procédures collectives. C'est dans le souci de moraliser la conduite du débiteur que l'exigence de bonne foi est requise². C'est à juste titre qu'un auteur³ faisait déjà remarquer que la bonne foi est un moyen permettant au législateur et aux tribunaux de « *faire pénétrer la règle morale dans le droit* ».

Au regard de ce qui précède l'on peut alors s'interroger sur l'influence de la bonne foi sur le comportement d'un débiteur soumis à une procédure collective. Autrement dit, comment l'exigence de la bonne foi dans les procédures collectives d'apurement du passif influence le comportement du débiteur ? Il est permis de remarquer que, lorsqu'elles cherchent à favoriser un nouveau départ après une défaillance, c'est aux entrepreneurs honnêtes et de bonne foi que les procédures collectives font référence. En réalité, lorsqu'un débiteur a fait preuve de mauvaise foi dans le cadre d'une défaillance, les considérations morales se joignent alors aux considérations purement économiques pour lui refuser le droit à un nouveau départ. Le traitement de difficultés est assurément plus aisé à l'égard de celui qui est resté honnête dans sa défaillance, quand bien même aurait-il commis certaines négligences, dès lors que celles-ci ne sont pas d'une gravité confinante à la malhonnêteté, qu'à l'égard de celui qui a fait preuve de mauvaise foi. À l'analyse, la bonne foi se révèle comme un canalisateur du comportement du débiteur, car elle est garante de la probité de ce dernier dans le déclenchement des procédures **(I)**, mais également garante de la moralisation de son comportement dans le déroulement des procédures **(II)**.

¹ Il s'agit des justiciables des procédures collectives en l'occurrence toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, toute personne morale de droit privé ainsi que toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé. V. Art. 1-1 de l'AUPCAP.

² Cette obligation de bonne foi consiste essentiellement pour le débiteur à s'abstenir de tout comportement susceptible de porter atteinte à l'intérêt social ou aux intérêts des créanciers, AKAM AKAM (A.), « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue internationale de droit Economique* 2007/2, p.216.

³ RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., 1949, n° 157, p. 216.

I- L'exigence de la bonne foi, une garantie de la probité du débiteur à l'ouverture de la procédure

La bonne foi tente de désigner la bonne intention, la sincérité, voire l'honnêteté du débiteur. Véritable fil conducteur, elle s'applique à toutes les phases de la procédure. Il s'agit d'une exigence générale qui doit gouverner la conduite du débiteur tant au moment de l'ouverture des procédures que pendant le déroulement. De ce fait, il se révèle que le devoir de probité du débiteur dans le déclenchement des procédures se trouve aménagé à travers l'obligation de diligence à l'ouverture des procédures collectives **(A)**, et l'exigence de la transparence dans le recours aux procédures **(B)**.

A- L'obligation de diligence à l'ouverture des procédures collectives

L'entreprise n'est jamais à l'abri d'incidents de parcours pouvant compromettre sa pérennité. C'est en vue de mettre un terme à cet état de fait que l'Acte uniforme sur les procédures collectives a été conçu, notamment en s'attardant à rechercher des solutions efficaces et adaptées au contexte juridique, judiciaire, économique et social. Ainsi, avec la réforme de l'AUPCAP en 2015, une variété de procédures a été instituée en sus de celles préexistantes¹. Il en est ainsi de la conciliation, du règlement préventif, du redressement judiciaire, de la liquidation des biens et des procédures collectives simplifiées². Toutefois, le débiteur dispose des critères lui permettant d'opérer un choix parmi toutes ces procédures. Cependant, le choix du débiteur est orienté et conditionné par la satisfaction de certaines exigences afin d'éviter un usage

¹ KALIEU ELONGO (Y.R.), *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, PUA, 2016, p. 66-67.

² BAKARY (D.), « Des procédures adaptées aux petites entreprises : les procédures simplifiées », *in dossier modernisation de l'acte uniforme sur les procédures collectives, Revue Droit et Patrimoine*, n° 253, décembre 2015, p. 44-45.

superflu des procédures misent à sa disposition¹. À ce titre, le recours aux procédures par le débiteur est largement tributaire de la taille de l'entreprise² mais surtout de la gravité de ses difficultés (1) et de l'écoulement du temps entre les différentes procédures (2).

1- La gravité des difficultés, condition essentielle du choix des procédures

Le choix de l'ouverture d'une procédure collective par le débiteur dépend de certaines exigences. En effet, le recours à une procédure collective est subordonné au degré de gravité des difficultés auxquelles il fait face. Chaque procédure est adaptée selon la nature et la gravité de la situation. Les différentes procédures et mesures seront envisagées selon la gravité des difficultés de l'entreprise, des plus légères aux plus graves. Ainsi, afin d'éviter le recours à une procédure qui ne correspondrait pas à la situation de l'entreprise par ce dernier, le recours à une procédure particulière, dépend largement du degré de difficulté et variera selon que le débiteur est en état de cessation des paiements (a) ou pas (b).

a) En l'absence de cessation des paiements

Lorsque le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements³, l'Acte Uniforme veut sauver l'entreprise des difficultés qui l'affectent lorsque cela est

¹ GRONDIN (J.), *Les aspects patrimoniaux du droit des entreprises en difficulté : la place du patrimoine du débiteur en procédures collectives*, mémoire de Master 2, université de la Réunion, 2016-2017, p. 47 et s.

² Ce critère permet de justifier le choix entre les procédures collectives simplifiées et les procédures collectives simple. Le champ d'application des procédures simplifiées se circonscrit au niveau de la petite entreprise. Est considéré comme petite entreprise, toute entreprise individuelle, société ou toute autre personne morale de droit privé dont le nombre de travailleurs est inférieur ou égal à 20 et dont le chiffre d'affaires n'excède pas 50 millions de FCFA. Article 1-3 de l'AUPCAP du 10 décembre 2015.

³ La cessation des paiements désigne « l'état ou le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible », Voir art. 1-3 de l'AUPCAP du 10 septembre 2015.

encore possible. Ainsi, le débiteur dispose d'une large liberté en matière de déclenchement des procédures. À ce titre, il peut opter selon l'ampleur de ses difficultés, soit pour les procédures amiables ou contractuelles de résolution des difficultés, soit pour les procédures judiciaires de résolution des difficultés.

Dans le premier cas, les procédures amiables de résolution des difficultés, le législateur OHADA a laissé une large liberté de manœuvre au débiteur afin d'opérer un choix parmi les procédures amiables prévues, et antérieures à la cessation des paiements. Ainsi, le débiteur pourra enclencher une procédure de médiation¹, ou encore une procédure de conciliation². Cependant, le législateur OHADA n'a défini ni la médiation, ni organisé son régime juridique comme il l'a fait avec la conciliation, mais autorise plutôt les entreprises à y recourir avant qu'elles ne soient en cessation des paiements. Ce vide juridique donne la latitude à chaque État partie d'organiser la médiation à son gré. Cette permission pourrait générer une insécurité juridique dans un espace où le droit applicable se veut uniforme³. Pour cette raison, nous nous attarderons sur la procédure de conciliation⁴. Ainsi, le débiteur pourra recourir à cette procédure s'il connaît des « *difficultés avérées ou prévisibles mais qui n'est pas encore en cessation des paiements*⁵ ». Cependant, cette formule est quelque peu ambiguë quant au sens à donner aux « *difficultés avérées ou prévisibles* ». Une difficulté avérée est aisée à cerner puisqu'elle présuppose une manifestation concrète de la difficulté en question, telle des gènes de caisses, ou encore le défaut de cotisations sociales. Des interrogations persistent cependant sur ce que l'on entend par « *difficultés*

¹ Voir art. 1-2 de l'AUPCAP.

² Voir art 2 de l'AUPCAP.

³ AKONO (A.R.), « Regard sur les innovations introduites dans les réformes OHADA des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *Penant*, n° 897, Octobre-Décembre 2016, 455.

⁴ La procédure de conciliation est définie comme « *une procédure préventive, consensuelle et confidentielle destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou partie, sa restructuration par le biais de négociations privées et la conclusion d'un accord de conciliation négocié entre le débiteur et ses créanciers ou du moins ses principaux créanciers, grâce à l'appui d'un tiers neutre, impartial et indépendant dit conciliateur* ». V. art. 2 de l'AUPCAP.

⁵ Art. 5-1 de l'AUPCAP.

prévisibles ». On peut penser que cette notion signifie que le débiteur qui n'est pas encore en difficulté, « *doit être confronté à assez court terme à un problème grave qu'il ne peut résoudre, avec des moyens ordinaires tel un simple crédit bancaire, et qui, non traité, met en danger l'exploitation normale de l'entreprise* ¹ ». C'est dire que, le débiteur peut recourir à la procédure de conciliation en présence des difficultés de quelque nature que ce soit, réelles ou prévisibles, comme l'a si bien souligné un auteur², qu'il paraît bien délicat d' « *éprouver une difficulté prévisible* » à condition de ne pas cesser ses paiements.

Il en va différemment en droit français où, la procédure de conciliation peut être sollicitée par un débiteur qui « *éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible* » mais, ne se trouve pas « *en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours* ³ ». C'est dire qu'en droit français, le débiteur peut recourir à la procédure de conciliation en présence d'une difficulté de nature économique, financière ou juridique avérée ou prévisible même lorsqu'il se trouve en état de cessation des paiements à condition de ne pas l'être depuis plus de quarante-cinq jours, à la date à laquelle la procédure est sollicitée.

Au demeurant, force est de constater que le choix pour le débiteur de recourir à la procédure de conciliation est encadré à travers des conditions objectives qui sont de nature à réguler sa conduite afin d'éviter des indélicatesses dans l'usage des procédures mises à sa disposition.

Dans le second cas, c'est-à-dire les procédures judiciaires de résolution des difficultés, le débiteur pourra recourir à la procédure de règlement préventif⁴. C'est une procédure dont l'ouverture emporte suspension des

¹ PEROCHON (F.), *Entreprise en difficulté*, op.cit., p 74.

² LE CORRE (P.M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-action, 2015-2016, p. 224.

³ VOINOT (D.), *Procédures collectives*, Montchrestien, coll. « cours », 2011, cité par SAWADOGO (F.M.), *Droit et patrimoine*, n° 253, décembre 2015, p. 35.

⁴ Le règlement préventif est une procédure ouverte au débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses. V. art. 6 de l'AUPCAP.

poursuites individuelles, interdictions de paiements des créances antérieures et dessaisissement partiel du débiteur. Il s'agit d'une procédure lourde de conséquences lorsqu'elle est ouverte car elle apporte des restrictions aux droits des créanciers, ainsi qu'aux droits du débiteur. Le débiteur qui sollicite l'ouverture de la procédure de règlement préventif, vise un objectif principal, celui de la suspension des poursuites individuelles. En effet, la décision de suspension des poursuites individuelles interdit toutes les poursuites tendant à obtenir le paiement des créances nées antérieurement à ladite décision, elle concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires, y compris toute mesure d'exécution extrajudiciaire¹. En contrepartie des limitations qui frappent les créanciers, le débiteur voit sa liberté d'action limitée. Certes, il reste à la tête de l'entreprise, mais cette possibilité qui lui est offerte ne doit pas être l'occasion de prendre des mesures qui sont défavorables à l'intérêt social ou qui lèsent les intérêts des créanciers², c'est pourquoi les actes passés par ce dernier sont susceptibles d'être frappés d'inopposabilité. Ainsi, afin d'éviter que le débiteur en fasse mauvais usage de la procédure, comme ce fut le cas³, le législateur subordonne l'ouverture de la procédure de règlement préventif à une double condition. Tout d'abord, il faut que le débiteur ne soit pas en cessation des paiements. À la réalité c'est cette difficulté que le recours à cette procédure est destiné à éviter. Par ailleurs, il doit endurer des difficultés financières ou économiques sérieuses. Cependant, s'il s'agit d'un débiteur répondant aux caractéristiques⁴ de la définition de petite entreprise⁵, il pourra recourir au

¹ Art. 9 de l'AUPCAP.

² SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficultés*, *op.cit.*, p. 65.

³ NGWE (M.A.), « L'application des Actes uniformes de l'OHADA au Cameroun », *Penant*, n° 850, 2005, p. 81 et suiv. dans cet article, l'auteur relève que « les mauvais débiteurs menacent les créanciers qui veulent entamer des procédures de recouvrement, de se mettre en règlement préventif pour bénéficier de suspension des procédures prévues par l'article 9 de l'AUPCAP ».

⁴ Il appartient au débiteur de prouver qu'il appartient à la catégorie de petites entreprises. En pratique la loi prévoit qu'il produise une déclaration sur l'honneur attestant qu'il remplit les conditions.

⁵ La petite entreprise est « toute entreprise individuelle, société ou autre personne morale de droit privé dont le nombre de travailleurs est inférieur ou égal à vingt (20), et dont le chiffre

règlement préventif simplifié¹. Toutes ces exigences sont à notre sens de nature à réguler la conduite du débiteur dans l'enclenchement des procédures antérieure à la cessation des paiements. La frontière entre la prévention et le traitement des difficultés des entreprises est actuellement la cessation des paiements. Ainsi, quels sont les procédures offertes au débiteur en cas de cessation de paiements ?

b) En cas de cessation des paiements

Lorsque la prévention n'a pas été entreprise ou a échoué et que la situation de l'entreprise est compromise par la survenance de la cessation des paiements, le traitement de l'entreprise nécessite l'ouverture de l'une des procédures collectives stricto sensu récemment instituées par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Il s'agit du redressement judiciaire et de la liquidation des biens en fonction de la taille de l'entreprise² dont les seules appellations suffisent à différencier les finalités propres à chacune de ces procédures. Malgré ces différences, les deux procédures sont soumises à des conditions semblables et produisent des effets similaires sur le débiteur et sur les créanciers. L'acte uniforme renvoie à la notion de cessation des paiements comme condition d'application des procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens. La cessation des paiements³

d'affaire n'exède pas cinquante millions (50.000.000) de francs, hors taxes, au cours des douze (12) mois précédant la saisine de la juridiction compétente ». V. art. 1-3 *in fine* de l'AUPCAP.

¹ Le règlement préventif simplifié ne diffère pas spécifiquement de la procédure de droit commun, surtout dans son déroulement. Cependant, il présente des particularités au niveau des conditions d'ouverture. En plus de ce qu'il ne s'applique qu'aux petites entreprises, il peut être ouvert même en l'absence de concordat préventif. La décision d'ouverture du règlement simplifié n'est susceptible d'aucun recours. Lire à cet effet, KALIEU ELONGO (Y.R), Les procédures collectives applicables aux petites entreprises, <https://kalieu-elongo.com/les-procedures-collectives-applicables-aux-petites-entreprises/>, février 2019.

² NANDJIP MONEYANG (S.), « La réforme des procédures collectives : quelle avancée pour le traitement des difficultés de l'entreprise », *La lettre juridique*, n° 708 du 27 juillet 2017, p. 32 et s.

³ La cessation des paiements désigne « l'état ou le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible ». V. art. 25 al. 2 de l'AUPCAP.

est la condition d'ouverture des procédures curatives¹ de résolutions des difficultés du débiteur.

Ainsi, dès lors que cet état est constitué, la liberté de choix du débiteur s'estompe et se mue en obligation. Ainsi, il est tenu de solliciter, soit, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire lorsque sa situation n'est pas irrémédiablement compromise, soit, une procédure de liquidation des biens lorsque sa situation financière est irrémédiablement compromise, C'est à dire lorsque les chances de survie l'entreprise ne sont plus envisageables. C'est ce qui résulte des dispositions de l'AUPCAP qui dispose que « *Le débiteur qui est en cessation des paiements doit faire une déclaration aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens quelle que soit la nature de ses dettes* ²». Cette obligation mise à la charge du débiteur est destinée à réguler son comportement ou mieux, à conforter sa bonne foi dans le déclenchement des procédures, si bien que le débiteur qui se trouve en cessation des paiements, et qui s'abstient de la déclarer à la juridiction compétente dans les délais³ expressément prévus, commet une infraction dite de banqueroute⁴. Parallèlement, afin d'éviter le recours superposé des procédures, le législateur OHADA subordonne ce recours à l'écoulement d'un certain temps.

2- Le choix d'une procédure tributaire du respect des délais

Le choix d'une procédure collective est soumis au respect d'un certain temps. En effet, dans le souci d'éviter les recours inopportuns aux procédures,

¹ Il s'agit de la procédure de redressement judiciaire et la procédure de liquidation des biens ainsi que les procédures nouvelles destinées aux petites entreprises à savoir la procédure de redressement judiciaire simplifiée et la procédure de liquidation des biens simplifiées.

² Art. 25 al. 3 de l'AUPCAP.

³ Le délai offert au débiteur pour procéder à la déclaration de sa cessation des paiements auprès du greffe de la juridiction compétente est de trente (30) jours à compter de la date de ladite cessation des paiements. V. art 25 al.4 de l'AUPCAP.

⁴ Pour toute étude sur les infractions de banqueroutes et celles qui lui sont assimilées, V., art. 266 et suiv. de l'AUPCAP.

le législateur OHADA a subordonné le recours des procédures préventives de la cessation des paiements, à l'écoulement d'un certain temps¹. Il s'agit notamment de la procédure de conciliation et la procédure de règlement préventif.

Relativement à la procédure de conciliation, le monopole de la conciliation est dévolu au débiteur². Le législateur OHADA a assoupli les modalités d'accès en faisant du débiteur l'initiateur exclusif de la demande et en l'impliquant dans le choix de du conciliateur. Il y'a forcément un risque sur son utilisation inutile. Le débiteur de mauvaise foi peut faire de cette procédure, une technique dilatoire. En effet, le débiteur de mauvaise foi va souvent tenter de déclencher la conciliation dans le seul but d'acquérir de nouveaux délais, voire retarder le paiement de la dette³. Cette procédure lui servira donc de passerelle soit à l'ouverture d'une procédure collective future, soit pour masquer une éventuelle cessation de paiements, soit pour échapper à certains créanciers⁴. Le débiteur peut simplement se servir de la conciliation pour reculer le moment d'ouverture de la procédure collective et échapper à ses responsabilités de ce fait. Afin d'éviter ou de limiter ces risques, le législateur OHADA a encadré le recours à la procédure de conciliation⁵. Il est de principe que « *conciliation sur conciliation ne vaut* ⁶ ». Quand bien même le débiteur a déjà été soumis à une procédure de conciliation, il ne saurait bénéficier d'une nouvelle procédure que si la durée prévue pour la conciliation est épuisée. Cette durée est de trois (03) mois, mais susceptible d'être prorogée d'un (1) mois au plus à la demande du débiteur, par

¹ MODI KOKO BEBEY (H.D), « Le tribunal compétent pour l'ouverture d'une procédure collective du droit uniforme OHADA, *juriscope 2001*, www.juriscope.org

² Art 5-2 de l'AUPC

³ MAMBOKE BIASSALY (L.C.), « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en Droit OHADA, P. 17, Disponible sur www.village-justice.com.

⁴ MAMBOKE BIASSALY (L.C.), « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en Droit OHADA, P. 17, Disponible sur www.village-justice.com.

⁵ Pour éviter que la conciliation ne soit utilisée comme du dilatoire, l'acte uniforme précise qu'avant l'ouverture de la procédure le juge vérifiera la situation du requérant et pose le principe selon lequel « *conciliation sur conciliation ne vaut* ».

⁶ Art. 5-2 al. 5 de l'AUPCAP.

une décision spécialement motivée du juge et après avis du conciliateur¹. Parallèlement, le débiteur soumis à une précédente procédure de conciliation ne saurait bénéficier d'une nouvelle procédure qu'après l'expiration d'un délai de trois (03) mois². La fixation des délais est salubre et concourt à limiter le recours intempestif de la procédure de conciliation. Nonobstant la recherche du sauvetage de l'entreprise, il ne s'agit pas d'encourager la fraude. Il en est de même de la procédure de règlement préventif.

Le recours au règlement préventif est également entouré des délais afin de limiter les cas de plusieurs règlements préventifs successifs. En effet, il y a des risques d'usage superflu de la procédure de règlement préventif dont l'objectif premier recherché par le débiteur est la suspension des poursuites individuelles. Ainsi, le débiteur de mauvaise foi peut être tenté de recourir incessamment à cette procédure dans le seul but d'obtenir de nouveaux délais de paiements ou des remises de dettes. Conscient de cet état de chose, le législateur a limité la durée de la suspension des poursuites individuelles³. Ainsi, aucune règle de délai ne s'applique lorsque le débiteur a demandé l'ouverture d'une procédure de règlement préventif et ne l'a pas obtenu. En revanche, si le règlement préventif a abouti à un concordat préventif, le débiteur ne peut demander de nouveau un règlement préventif avant l'expiration d'un délai de trois (03) ans, à compter de la décision d'homologation et en tout état de cause, si le concordat préventif reste encore en cours d'exécution ; Dans le même ordre d'idée, si le règlement préventif a été ouvert mais n'a pas abouti à un concordat préventif, le délai de trois (03) ans est réduit à dix-huit (18) mois puisque dans une telle hypothèse, ce délai paraît suffisamment long pour éviter les risques de voir le règlement préventif utilisé uniquement pour bénéficier de la suspension des poursuites

¹ Art. 5-3 de l'AUPCAP.

² *Idem.*

³ Art. 4 de l'AUPCAP.

individuelles¹. En marge de l'encadrement du recours aux procédures par les délais, l'exigence de la transparence est de mise.

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

Le besoin de transparence est accru en matière de procédures collectives dans la mesure où les tentations à la fraude sont plus pressantes. C'est en cela que, le droit des procédures collectives est plus rigoureux dans la recherche de la sincérité, de l'honnêteté et de l'équité autrement dit de la clarté, de la transparence.

La transparence est au cœur des finalités des procédures collectives², mais cette notion de transparence, bien que riche d'intérêt, ne fait l'objet d'aucune définition juridique. La transparence est « *la qualité de ce qui laisse paraître la réalité toute entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer* »³. On peut retenir que, la transparence est le caractère d'un élément qui échappe au secret, elle est la qualité de ce qui, dans les actions de quelqu'un est sans énigme, livré au public ou à un cercle plus ou moins étendu de personnes. Elle apparaît comme l'antithèse du secret et ne peut donc viser que des informations, qui abandonnent le statut de vérité étouffée pour celui de vérité communiqué⁴. Ainsi définit, la transparence qui traduit un état d'information, pèse sur tous les acteurs des procédures car il y'a interaction entre ces derniers en vue d'assurer la circularité de l'information⁵. Cependant, dans la mesure où nous abordons le déclenchement des procédures collectives, seule sera abordé l'obligation de

¹ SAWADOGO (F.M.), « OHADA, traité et actes uniformes commentés et annotés », *Jurisclope*, 2018, p., 1165 ;

² CARBONNIER (J.), « propos introductifs », colloque de DEUVILLE, la transparence, *RJcom*, 11/1993, n° spécial, p. 9, cité par TCHOUAMBIA TOMTOM (L.J.B.), *La transparence dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, *op.cit.* p. 1.

³ VIGNAL (N.), *La transparence en droit privé des contrats, Approche critique de l'exigence*, PUAM, 1998, « préface » de MESTRE (J.), p. 17.

⁴ TCHOUAMBIA TOMTOM, *La transparence dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, *op.cit.* p. 3.

⁵ RAKOTOVAHINY (M.-A.), « La transparence dans les procédures collectives », *in le droit saisi par la morale dirige par KRYNEN (J.)*, 2005, p. 298.

transparence qui pèse sur le débiteur. Cette obligation de transparence qui se matérialise à travers l'obligation d'information, doit présenter le caractère de sincérité. Ainsi, l'information fournie par le débiteur au tribunal doit être sincère **(1)**, aussi, elle doit présenter un caractère sérieux dans les offres de concordat **(2)**.

1) L'information sincère au tribunal

Le législateur OHADA ne précise pas de manière explicite le caractère de l'information due par le débiteur. Toutefois, que l'information soit facultative¹ ou obligatoire², elle doit présenter le caractère de sincérité qui découle de l'obligation de transparence. Cette dernière est une condition de sincérité car, sans elle, la sincérité ne peut vraiment prospérer³. Ainsi, le débiteur doit faire preuve de sincérité dans ses déclarations à l'égard du tribunal notamment dans les pièces à fournir en vue d'éclairer la lanterne du juge sur l'opportunité de l'ouverture de la procédure sollicitée. Les pièces à fournir par le débiteur sont relatives aux documents liés à la comptabilité de l'entreprise et ceux qui ne le sont pas⁴. Que ce soit dans l'un ou l'autre cas, les informations fournies par le débiteur par le truchement des documents exigés, doivent traduire la réalité sans l'altérer car, l'ouverture de la procédure sollicitée en dépend largement. C'est dire qu'une information erronée fournie par le débiteur aura une influence considérable sur l'ouverture ou non d'une procédure collective, bien que le juge dispose des outils pouvant lui permettre de vérifier la véracité des faits allégués par le débiteur dans ses déclarations. Mais, ces procédés de vérifications ne peuvent se faire qu'après la décision d'ouverture.

Ainsi, à la suite des déclarations faites par le débiteur, le juge saisi peut prendre une décision d'ouverture d'une procédure et par la suite, se raviser à

¹ Lorsque le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements.

³ MAGUAFO NGUM (H.Y.), *La sincérité dans le contrat de transport maritime de marchandises de la CEMAC*, Thèse de Doctorat, Université de Dschang, 2020, p. 10.

⁴ V. Art- 6-1 de l'AUPCAP.

l'issue des précédés de vérifications dont il dispose. À titre d'exemple, le débiteur peut saisir le juge en vue de l'ouverture d'une procédure de règlement préventif. Ce dernier, après l'avoir ouvert, désigne un expert chargé de lui faire un rapport sur la situation du débiteur. Le rapport de l'expert peut révéler que le débiteur est en état de cessation des paiements. De ce fait, le juge devra soit, prononcer le redressement judiciaire si la situation du débiteur n'est pas irrémédiablement compromise, soit la liquidation des biens si le sauvetage de l'entreprise n'est plus envisageable¹. Cet exemple traduit à suffisance l'importance de la sincérité du débiteur dans ses obligations déclaratives. Cette sincérité est également importante dans les procédures qui requièrent des offres de concordat.

2) L'information sincère dans les offres de concordat

Le déclenchement de certaines procédures est tributaire de la présentation ou non par le débiteur d'une offre de concordat². Il s'agit de la procédure de règlement préventif et la procédure de redressement judiciaire. Sont donc exclues, la procédure de conciliation qui requiert un accord de conciliation et non un concordat, et la procédure de liquidation des biens qui marque la mort ou la disparition de l'entreprise dans laquelle aucun concordat n'est requis.

Le concordat peut être défini comme, une convention conclue entre le débiteur et ses créanciers chirographaires et privilégiés, avec homologation de justice destinée à garantir son sérieux et sa viabilité. Convention par laquelle le débiteur présente un plan de règlement du passif et de redressement de l'entreprise qu'il exécutera une fois remis à la tête de ses affaires³. En d'autres termes, il s'agit d'un acte juridique collectif comme la convention collective en

¹ MODI KOKO BEBEY (H.D), « Le tribunal compétent pour l'ouverture d'une procédure collective du droit uniforme OHADA, *juriscope 2001*, www.juriscope.org.

² KABE EBANGA (P.), « la nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans droit des affaires OHADA », *J P*, n° 50, 2002, p. 109.

³ DECKON (H.K.), « Refus d'homologation, homologation et concordat », *Revue Togolaise des Sciences Juridiques*, n° 5- janvier-décembre 2013, p.8.

droit du travail, homologué par la justice après son adoption par les créanciers¹. Ainsi, la présentation d'un concordat est exigée pour l'ouverture de la procédure de règlement préventif de même que la procédure de redressement judiciaire². Sauf à noter que dans la procédure de règlement préventif, la proposition de concordat est exigée alors que dans le redressement judiciaire, la juridiction compétente peut prononcer son ouverture dans plusieurs hypothèses notamment, lorsqu'un concordat sérieux est proposé ou a des chances sérieuses d'être obtenu, ou si une cession globale de l'entreprise est envisageable³. C'est dire à *contrario* que, la procédure de redressement judiciaire peut être ouverte même en l'absence d'une proposition de concordat.

Tout compte fait, pour que la proposition de concordat puisse jouer son rôle, le législateur OHADA lui attache une exigence fondamentale à savoir son caractère sérieux, condition indispensable pour bénéficier de son homologation, mais s'est abstenu de dire ce qu'il faut entendre par concordat sérieux. En l'absence de définition de la notion de concordat sérieux, nous allons tout même essayer de l'appréhender. Ainsi, en référence au Dictionnaire Larousse illustré, est sérieux ce qui est vrai, sincère et important. Vu sous ce prisme, un concordat sérieux serait alors celui qui est vrai, sincère et important. En matière de procédures collectives, on devra entendre par concordat sérieux « *celui qui, tout en préservant et en assainissant l'entreprise, assure le paiement des créanciers dans les conditions acceptables* ⁴ ». C'est aussi « *celui qui, ne dit pas consister en des perspectives bien évaluées, mais plutôt en des mesures concrètes et des propositions réelles tout aussi bien quant au personnel qu'aux ressources et à des remises des créanciers et délais obtenus en vue de redémarrer l'activité et apurer collectivement le passif* ⁵ ». C'est dire en définitive que, le contenu de la

¹ SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté, op.cit.*, p. 270

² TGI de Banfora, Jugement du 22/08/2003, jugement n° 25, LES GRANDS MOULIN DU BURKINA (G.M.B.), www.ohada.com, ohadata J-04-61.

³ Art. 33 de l'AUPCAP.

⁴ SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Droit des entreprises en difficulté, op.cit.*, p. 118.

⁵ TGI de Ouagadougou, jugement n° 100 du 24 janvier 2001, Liquidation des biens des établissements KARGO Issaka et frères, Ohadata, J-02-59.

notion de concordat sérieux n'est pas facile à déterminer. La pratique des juridictions nous permettra de donner un contenu réel à cette notion. Ainsi, lorsque ces conditions ne sont pas réunies, le concordat présentera un caractère non sérieux et par conséquent, ne bénéficiera pas de l'approbation de la juridiction compétente. L'exigence du caractère sérieux et l'intervention du juge sont nécessaires pour garantir la bonne foi du débiteur à plus d'un titre.

Tout d'abord, l'intervention du juge est marquée par la nécessité d'assurer la protection des créanciers minoritaires et absents, qui seront liés par la décision de la majorité. Ensuite, afin d'éviter que les créanciers majoritaires ne soient abusés par un débiteur de mauvaise foi qui leur ferait des propositions intéressantes, mais difficiles à exécuter. Enfin, afin d'écarter un concordat qui sera accordé à un débiteur frauduleux. La fraude proviendrait de la connaissance par le débiteur du préjudice qu'il causera aux créanciers du fait des engagements pris à la légère dans les propositions concordataires.

En tout état de cause, il appartiendra au juge de déterminer au gré des espèces qui lui seront soumis, le caractère sérieux ou non d'un concordat. Comme le relève un auteur¹ il s'agira d'une appréciation subjective. Ainsi, en vue d'apprécier la moralité ou l'immoralité du débiteur, la juridiction compétente pourra s'appuyer sur les antécédents du débiteur tant sur le plan pénal que fiscal. Par exemple, un débiteur qui ne paie pas régulièrement ses impôts ou qui a déjà été condamné pour des infractions contre les biens, sera regardé avec suspicion alors que le débiteur qui s'était, par le passé, comporté avec rectitude devant les autorités fiscales et même dans les prestations liées à la prévoyance sociale de ses employés, serait considéré favorablement comme étant de bonne moralité. L'appréciation devra être faite au cas par cas et le juge ne devra agir dans un sens ou dans l'autre qu'au regard de son intime conviction². En définitive, l'exigence d'un concordat sérieux participe à préserver la bonne foi du débiteur, dans la mesure où le caractère sérieux du concordat conditionne l'ouverture de

¹ DUBLANCHE (M.), *Morale des affaires et plan de cession*, Acte du colloque de Toulouse 1 sur la morale et le droit des affaires, cité par SOH FOGNO (D.R.), *op.cit.*, . 91.

² SOH FONGNO (D.R.), *op.cit.*, p. 91.

la procédure collective¹. Le législateur OHADA ne s'est pas cantonné à garantir la bonne conduite du débiteur mais également, il garantit par l'exigence de bonne foi du débiteur, une moralisation de son comportement dans le déroulement de la procédure.

II- L'exigence de la bonne foi, une garantie de la moralisation du comportement du débiteur dans le déroulement des procédures

Lorsqu'une procédure collective est ouverte, divers intérêts antagonistes s'opposent. En effet, il existe un conflit d'intérêt entre créanciers, mais également entre créanciers et débiteur. Sur ce dernier point, afin que nul ne se sente lésé, le législateur a prévu une coopération entre les divers protagonistes. Pour le débiteur, l'impératif de bonne foi se traduit par une obligation qui lui est faite de contribuer activement à la réalisation des objectifs escomptés. La bonne foi permet au juge d'évaluer le comportement, l'identification et *a fortiori* la sanction des actes déloyaux obligeant de ce fait le débiteur à se conduire de manière exemplaire. Dans cette optique, le législateur OHADA a mis sur pied diverses mesures visant à assurer la bonne conduite du débiteur lors du déroulement des procédures. Il s'agit de l'encadrement de la volonté du débiteur (**A**), qui induit l'efficacité des sanctions en cas de manquement à la bonne foi de ce dernier (**B**).

A- La limitation de la volonté du débiteur

Le débiteur exprime sa volonté tant à l'ouverture qu'au déroulement des procédures collectives. Lors du déroulement des procédures, afin d'éviter que le débiteur lèse les intérêts des créanciers en se comportant de mauvaise foi, le législateur OHADA, a prévu des règles et formalités devant être accomplies par le débiteur, qui permettent de tempérer sa volonté. Elles lui sont imposées de manière variable à l'instar d'une restriction de sa liberté d'action pendant la

¹NDIAYE MBAYE, « Réflexion sur la modification du concordat préventif en droit OHADA », www.ohada.com/doctrine, *Ohadata* D-09-40, p. 3.

suspension des poursuites **(1)**, et la nécessité d'une coopération à certains stades de la procédure **(2)**.

1- La variabilité des restrictions de la liberté d'action du débiteur

Les droits du débiteur sont restreints selon le type de procédure en présence. L'ampleur de la restriction varie selon qu'il s'agisse des procédures préventives¹, de la cessation des paiements, des procédures simplifiées² ou des procédures curatives³. En effet, lorsque le débiteur est soumis à une procédure de conciliation ou à une procédure de règlement préventif, la restriction de ses droits est limitée. À ce titre, il dispose d'une large liberté de manœuvre dans la procédure de conciliation, contrairement à la procédure de règlement préventif dans laquelle il y a une limitation de sa liberté d'action. Sur ce dernier point, en contrepartie des restrictions qui frappent les créanciers à travers la suspension des poursuites individuelles, la liberté d'action du débiteur est également restreinte⁴. En effet, pendant la période de la suspension des poursuites individuelles, le débiteur conserve la gestion de son entreprise ce qui est favorable à sa restructuration. Cependant, cette période de suspension peut être une opportunité pour ce dernier d'accomplir des actes de mauvaise foi qui nuiraient les intérêts des créanciers⁵. Conscient de cette possibilité, le législateur OHADA a interdit au débiteur d'accomplir certains actes notamment le paiement total ou partiel des créances nées antérieurement à la décision d'ouverture, les actes de disposition étrangers à l'exploitation normale de l'entreprise, ou encore

¹ Les procédures préventives de la cessation des paiements sont constituées, de la procédure de conciliation et de la procédure de règlement préventif.

² DOROTHÉ (C. S.), « Avant-propos » in la Modernisation de l'Acte Uniforme sur les procédures collectives
Dr. & Patr., 2015, n° 253, p. 30. Ces procédures sont dépendantes de la taille de l'entreprise.

³ Les procédures curatives sont constituées de la procédure de redressement judiciaire et de la procédure de liquidation des biens.

⁴ MBAINODJI DANIBE (C.), Les procédures collectives simplifiées de sauvetage en droit OHADA, mémoire de Master, université de Dschang, 2017, p. 31 et s.

⁵ ALILI MARIAN (S.), « La reprise des entreprises en difficultés dans l'espace OHADA », www.ohadata.Com/doctrine, *ohadata D-06-38*, p. 11.

de consentir une sûreté¹. Ces interdictions participent à assurer la bonne foi du débiteur soumis en règlement préventif. Il en est de même des interdictions faites au débiteur qui a cessé ses paiements.

Lorsque le débiteur a cessé ses paiements, il peut être soumis aux procédures curatives à savoir la liquidation des biens. En effet lorsque sa situation est irrémédiablement compromise, il est admis en liquidation des biens dans laquelle il est supplanté par le syndic. On parle du dessaisissement du débiteur. Ce dessaisissement frappe les biens présents et à venir du débiteur ainsi que l'activité juridique et judiciaire du débiteur². Aux termes de l'article 53 alinéa 2, la représentation par le syndic par le débiteur est faite de plein droit dès l'ouverture jusqu'à la clôture de cette procédure³. Que ce soit dans la procédure préventive ou même de liquidation des biens, il lui est également interdit de poser certains actes du fait de la période suspecte⁴ dont les plus saillants concernent les transmissions à titre gratuit, les contrats commutatifs déséquilibrés, le paiement des dettes non échues, ainsi que les paiement des dettes échues par des procédés anormaux. Cette liste n'est pas exhaustive. Ainsi, la période suspecte étant propice à la fraude, le législateur OHADA, par le jeu des inopposabilités, permet de frapper d'infirmité juridique les actes de mauvaise foi passés par le débiteur, contrairement au législateur français qui opte pour la nullité des actes passés en période suspecte.⁵

¹ Lire dans ce sens l'intégralité de l'article 11 de l'AUPCAP.

² LABA (P.), *Le débiteur dans les procédures collectives d'apurement du passif*, mémoire de Master 2, université de N'Gaoundéré, 2008-2009, p. 45.

³ « Elle emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à la clôture de la procédure, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens présents et de ceux qu'il peut acquérir à quelque titre que ce soit, sous peine d'inopposabilité de tels actes, sauf s'il s'agit d'actes conservatoires. Les actes, droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont accomplis ou exercés, pendant toute la durée de la liquidation des biens, par le syndic agissant seul en représentation du débiteur ».

⁴ Cette dernière désigne une période au cours de laquelle les actes passés par un débiteur en difficulté sont susceptibles d'être remis en cause. Cette période va de la date de la cessation des paiements, au jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. La durée de la période suspecte est fixée par le tribunal au moment du jugement d'ouverture, et ne saurait en aucun cas excéder dix-huit (18) mois.

⁵ Art. 11 de l'AUPCAP.

2) Une nécessaire coopération loyale entre le débiteur et le syndic

L'une des règles essentielles de la bonne foi du débiteur repose sur une coopération loyale avec les autres intervenants dans la procédure collective. En effet, lors du déroulement de la procédure, le débiteur doit être assisté obligatoirement d'un syndic¹. Plus précisément, il s'agit de l'accomplissement de certains actes en présence du syndic et une obligation de rendre compte au syndic².

Tout d'abord, en ce qui concerne, l'accomplissement de certains actes en présence du syndic, on parle d'une co-gestion qui se réalise à travers une coopération entre l'administrateur et le débiteur³. Il s'agit essentiellement des cas d'actes d'administration et de disposition de ses biens. Il est question d'une restriction aux droits du débiteur, notamment dans la gestion de ses biens car celui-ci doit obtenir l'accord du syndic et sa participation à l'acte. Des lors, en cas de mauvaise foi du débiteur ou des dirigeants de la personne morale, le syndic peut être autorisé par un juge commissaire à agir seul.

À côté de cette assistance du syndic lors de l'accomplissement de certains actes par le débiteur, il a une obligation de rendre compte à ce dernier. On parle de l'obligation de reddition des comptes⁴. Il doit rendre compte d'une manière sincère de la gestion de l'entreprise après l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Le syndic joue un rôle de surveillance de la mauvaise foi du débiteur pour contourner les engagements concordataires⁵. Le concordat

¹ Le syndic, organe de la procédure collective de redressement judiciaire et de la liquidation des biens est un mandataire judiciaire désigné par la juridiction compétente pour représenter l'intérêt des créanciers. Ils sont rémunérés et sont civilement responsable de leurs fautes dans les termes du droit commun sans préjudice de leur responsabilité pénale.

² ROUSSEL DE GALLE (Ph.), "Les débiteurs dans l'AUPC révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité", *Droit et Patrimoine*, n°253, décembre 2015, p. 58.

³ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », *RPC 1990*, n° 15, p. 64.

⁴ HARDY (C.), *Les droits du débiteur en redressement judiciaire*, thèse de Doctorat, université de Reims Champagne Ardenne, 1992, p. 60.

⁵ MAGOH FOUJJO (R.), *La volonté du débiteur et les procédures collectives d'apurement du passif*, mémoire de Master, université de N'Gaoundéré, 2012, p. 53.

préventif tel que prévu dans la procédure de règlement préventif ou de redressement judiciaire doit être exécuté de bonne foi par les personnes intervenantes notamment le débiteur. Son exécution consiste essentiellement à respecter les différentes échéances et à payer les créanciers qui n'ont pas consenti de dettes ou de délais de paiement¹.

En cas de non-respect par le débiteur de ces mesures adoptées par le législateur, certaines sanctions pourront lui être infligées.

B) L'efficacité des sanctions du manquement de la bonne foi du débiteur

L'efficacité désigne le caractère de ce qui est efficace. Plus précisément, ce terme renvoie à la capacité d'un mécanisme à produire les effets ou les résultats attendus². L'efficacité d'une sanction suppose d'analyser son aptitude à produire les effets recherchés. Le but de la sanction des manquements à la bonne foi du débiteur dans les procédures collectives est inéluctablement un moyen de dissuasion des débiteurs de mauvaise foi de constituer une entrave au traitement des difficultés de l'entreprise³ et l'intérêt des créanciers⁴. Ainsi, on dissocie l'inopposabilité des actes du débiteur passés en violation des restrictions **(1)**, des sanctions des comportements déloyaux du débiteur à l'ouverture comme dans le déroulement des procédures collectives **(2)**.

¹ POUGOUE (G.) et KALIEU (R.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA, Yaoundé, n° 232, p. 78.

² L'efficacité est un mode d'appréciation des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent, BETTINI (R.), « Efficacité », in *Dictionnaire encyclopédie de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993.

³ TGI de Bobo-Dioulasso, Burkina Faso, Jugement n° 231 du 11 décembre 2011, Sté SENEFURA Sahel, Sté Adventis-Cote d'Ivoire, Sté ALM international et Société nationale du transit du Burkina C/ Société de représentation et de distribution des produits chimiques à usage agricole, industriel et domestique, inédit.

⁴ GATSI (J.), « Le créancier privilégié dans les procédures collectives OHADA : un géant au pied d'argile ? », *RTDE*, 2017-1, janvier/mars 2017, p. 67.

1) L'inopposabilité des actes du débiteur passés en violation des restrictions

Le législateur OHADA a expressément prévu un mécanisme de neutralisation des actes passés par le débiteur en violation des restrictions. Il s'agit de l'inopposabilité¹. En effet, Traditionnellement, le droit des procédures collectives fait recours aux inopposabilités pour remettre en cause les actes passés par le débiteur en violation de son exigence de bonne foi dans trois hypothèses ; il s'agit des actes passés pendant la période suspecte, de ceux passés en violation de l'assistance dans la procédure de redressement judiciaire² et de ceux passés en violation du dessaisissement dans la procédure de liquidation des biens³.

Tout d'abord, relativement aux actes de mauvaise foi passés pendant la période suspecte, le législateur OHADA énonce le principe de leurs inopposabilités à la masse des créanciers en ces termes : « *sont inopposables de droit ou peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers, telle que définie par l'article 72 ci-après, les actes passés par le débiteur pendant la période suspecte débutant à la date de la cessation des paiements et finissant à la date de la décision d'ouverture* ⁴ ». Ainsi, pour combattre la mauvaise foi du débiteur et préserver l'égalité entre les créanciers, le législateur OHADA a prévu l'inopposabilité à la nullité jadis prévue par le Code de commerce. L'inopposabilité est une sanction qui prend sa source dans une imperfection de la formation du contrat mais qui, en règle générale, a pour seul objet la protection des tiers dont les intérêts légalement protégés ont été méconnus par les contractants⁵. Tout se passe à l'égard des tiers comme si le contrat n'avait pas été conclu⁶. Par contre,

¹ NDAM (I.), « La protection de l'intérêt des créanciers par la réforme du droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif », *La lettre juridique*, n° 781 du 25 avril 2019, p.32.

² Article 52 de l'AUPCAP.

³ Article 53 de l'AUPCAP.

⁴ Article 67 de l'AUPCAP.

⁵ TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op.cit.*, p. 98.

⁶ KEUGONG NGUEKEN (R.S.), *Le droit commun des contrats face à l'émergence des droits communautaires africains*, *op.cit.*, p 122.

la nullité sanctionne l'inobservation des conditions de formation du contrat en l'anéantissant rétroactivement. La conséquence en est que, le contrat inopposable aux tiers reste valable entre les parties, alors que, le contrat nul ne produit les effets ni à l'égard des parties, ni à l'égard des tiers. En définitive, le recours à l'inopposabilité de la période suspecte permet de remettre en cause les actes qui ont été passés par le débiteur en violation des interdictions de paiement ou d'inscription de suretés après le jugement d'ouverture et a pour but de priver l'acte de ses effets juridiques¹. Les cas d'inopposabilités ont été prévus aux articles 68 et 69 de l'AUPCAP. Concrètement, l'inopposabilité implique que celui qui a payé au débiteur doit payer une nouvelle fois entre les mains du syndic ; celui qui a acheté un bien au débiteur et en a pris livraison doit le rendre au syndic ; celui qui a été payé par le débiteur doit restituer la somme perçue au syndic². En marge de l'inopposabilité comme moyen de neutralisation des actes perpétrés par le débiteur au mépris des interdictions, le législateur OHADA a également prévu des sanctions à l'encontre du débiteur ayant fait preuve de mauvaise foi.

2) Les sanctions des comportements révélateurs de mauvaise foi du débiteur

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

a) Les sanctions punitives

L'expression « *sanctions punitives* » est empruntée aux spécialistes des sciences de l'éducation qui, pour distinguer la punition de la sanction, considèrent que la punition est humiliante et parfois disproportionnée, alors que la sanction est toujours juste et connue d'avance. Les mesures pénales et disciplinaires frôlent parfois l'humiliation quand elles sont prononcées contre les

¹ TATSADONG TAFEMPA (J.M.), *op.cit.* p.147.

² SAWADOGO (F.M.), *OHADA, Entreprises en difficultés*, *op.cit.*, p. 177

personnes coupables de comportements déloyaux.¹ Quoi qu'il en soit, que la sanction soit humiliante ou non, le débiteur ayant fait preuve de mauvaise foi dans la gestion de la procédure collective peut, selon les cas, subir des sanctions pénales, ou tout simplement professionnelles.

Relativement aux sanctions pénales, elles jouent un rôle très important dans le monde des affaires. En effet, comme le relève un auteur², elles produisent un effet dissuasif, de même qu'un effet distributif et surtout « *éradicatif* », en ce sens qu'elles emmènent les débiteurs et dirigeants à éviter la commission des actes incriminés³. Car il faut, si les conditions sont réunies, appliquer les peines prévues et empêcher pour l'avenir la commission des actes incriminés. Nous envisagerons les sanctions pénales visant le débiteur, en référence aux lois pénales en vigueur dans les États parties au traité OHADA⁴.

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

¹GUYON (Y.), *Droit commercial, Entreprises en difficultés –redressement judiciaire –faillite*, les cours de droit, fascicule II, 1986-1987, P. 411

²SAWADOGO (F.M.), OHADA, *Droit des entreprises en difficultés*, op.cit., p.347.

³MOUKALA-MOUKOKO (C.), « L'état de l'application du droit pénal des affaires OHADA dans les états partis », Revue ERSUMA, www.ohada.com.

⁴Article 5 alinéa 2 du traité dispose « *Les Actes uniforme peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénales. Les États parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ».

⁵Art. 226 de l'AUPCAP.

également prononcer les peines complémentaires à savoir la déchéance¹ ou encore la publicité de la faute commise². Dans le même ordre d'idée, le Code pénal Camerounais punit les agissements de mauvaise foi des dirigeants sociaux envers les associés. En effet, l'article 313 dudit Code sanctionne, au titre de la tromperie envers des associés, le dirigeant qui, dans le but d'induire en erreur un ou plusieurs associés, actionnaires ou créanciers, fait une fausse déclaration ou fournit un compte faux.

Relativement à la sanction professionnelle, il s'agit de la faillite personnelle³. Le législateur OHADA a limitativement énuméré les hypothèses⁴ dans lesquelles la juridiction compétente peut prononcer la faillite personnelle⁵. La faillite personnelle sanctionne les actes de mauvaise foi qui porte une atteinte grave aux règles et usages du commerce. Lorsque le débiteur a commis un acte susceptible d'être passible de faillite personnelle⁶, il incombe au syndic d'informer immédiatement le ministère public et le juge-commissaire à qui il fait un rapport dans un délai de dix (10) jours. Le débiteur en cause doit impérativement

¹ La déchéance est une dérivée du mot déchoir et du latin « *decadere* », lui-même dérivé de « *cadere* », c'est-à-dire tombé¹. Il s'agit en fait de la perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice, encourue à titre de sanction, pour cause d'indignité, d'incapacité, de fraude, soit d'incurie¹. La perte de ce droit acquis apparaît comme une sanction nettement efficace, et on pense qu'elle permettrait au débiteur d'éviter le risque de ne plus jamais intervenir sur le marché.

² La publicité des fautes commises, elle vise à jeter du discrédit sur les fautifs qui ont porté atteinte au gage général des créanciers. La subtilité de cette sanction consiste à permettre au public de mieux connaître le commerçant ou toute autre personne pouvant être soumise à la procédure collective. À ce titre, elle permet de faire savoir à ceux qui traitent ou voulant traiter avec cette dernière qu'elle est dissimulatrice voir déshonorable. Cette sanction est comparable à celle de l'ancien droit consistant à promener le commerçant malhonnête sur la place du marché.

³ Elle est applicable aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole ; aux personnes physiques dirigeantes de personnes morales qu'ils soient de droit ou de fait, rémunérés ou non, ainsi qu'aux personnes physiques représentantes permanentes de personnes morales.

⁴ Art. 196 et suiv. de l'AUPCAP.

⁵ TOE (S.), *Pratique judiciaire des procédures collectives OHADA*, Editions universitaires européennes, Allemagne, 2012, p. 238.

⁶ En principe, cette sanction n'est concevable qu'à l'égard des personnes précisément les représentants personnes physiques permanents de la personne morale, cf. TPI de Libreville, jugement n° 001/2000-2001, Samson NGOMO C/ Géo PASTOURET et B.P.B.

comparaître en personne¹. La représentation est en principe prohibée, mais exceptionnellement, « *en cas d'empêchement dûment justifié, ils peuvent se faire représenter par une personne munie d'un pouvoir spécial et habilitée à représenter les parties devant la juridiction saisie* »². Si le débiteur ne se présente pas ou ne se fait pas représenter, la juridiction compétente statue par une décision réputée contradictoire à leur égard³.

Lorsque les faits de la cause justifient la faillite personnelle, et en l'absence d'une possibilité de réhabilitation du débiteur, le prononcé de la faillite entraîne de nombreuses conséquences à l'égard de ce dernier. Il s'agit de l'interdiction générale de faire le commerce et, notamment de diriger, gérer, administrer ou contrôler une entreprise commerciale à forme individuelle ou toute personne morale, de l'interdiction d'exercer une fonction publique élective et d'être électeur pour ladite fonction publique, et de l'interdiction d'exercer toute fonction administrative, judiciaire ou de représentation professionnelle. À ces interdictions, l'on peut adjoindre la privation de droit de vote aux assemblées de la personne morale. En effet, « *La faillite personnelle des dirigeants des personnes morales prive ceux-ci du droit de vote dans les assemblées de ces personnes morales contre lesquelles est ouverte une procédure collective* »⁴. Ces sanctions professionnelles participent à garantir la bonne foi de ce dernier faisant l'objet d'une procédure collective. Il en est de même des sanctions réparatrices.

¹ Cour d'appel d'Abidjan, arrêt n° 28/07.2000, www.ohada.com, ohadata D-06-07.

² Art. 201 al. 2 de l'AUPCAP.

³ Il convient de noter que la juridiction compétente en matière de faillite personnelle est la juridiction qui a ouvert la procédure collective. Lire en ce sens, TOE (S.), « Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA » *in revue de droit uniforme africain*, n° 1, p. 37.

⁴ Art. 199 de l'AUPCAP.

b) Les sanctions réparatrices

Les sanctions réparatrices se matérialisent par l'octroi des dommages-intérêts à la victime par le débiteur de mauvaise foi. Ainsi, pour bénéficier des dommages-intérêts, la victime doit, sur le fondement de l'article 1382 du code Civil camerounais, intenter une action en responsabilité civile. Pour que cette action puisse prospérer, la victime des actes de mauvaise foi du débiteur doit être à même d'apporter la preuve de l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice condition sans laquelle aucune action en responsabilité ne serait possible. Ainsi, lorsque le débiteur a commis des actes de mauvaise foi préjudiciables aux associés, ou aux créanciers, il peut faire l'objet selon le cas, de l'action en comblement du passif ou de l'extension de procédure.

Relativement à l'action en comblement du passif, l'article 183 de l'AUPCAP dispose que « *Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider, à la requête du syndic, du ministère public ou de deux contrôleurs dans les conditions de l'article 72 alinéa 2 ci-dessus, ou même d'office, que les dettes de la personne morale sont supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux* ». À la lecture de cette disposition, il en ressort que l'exercice de l'action en comblement du passif est subordonné à l'existence d'une faute de gestion, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice¹. En l'absence de définition légale de la faute de gestion, on peut considérer comme faute de gestion les initiatives irréfléchies, l'incurie ou la négligence dans la conduite des opérations². Elle doit être prouvée par le demandeur, et il reviendra en tout état de cause à la juridiction compétente, au

¹ TSAGUE DONKENG (H.), « Le régime de l'insuffisance d'actif en droit OHADA des procédures collectives », *Revue de l'ERSUMA, Droit des Affaires-pratiques professionnelle*, n° 4-Septembre 2014, Etudes. p. 2.

² SAWADOGO (F.M.), *op.cit.* p. 1807.

gré des espèces, de caractériser la faute de gestion¹. Quant' au préjudice, il résulte de l'insuffisance d'actif. Ainsi, la preuve de l'insuffisance d'actif est une condition préalable à la recevabilité de l'action². Elle vient d'une comparaison entre le montant des dettes et des actifs. Pour ce qui est du lien de causal, il faut qu'il y ait un lien direct entre le préjudice et la faute. Avec la disparition de la présomption irréfutable de causalité entre la faute et le dommage, il devient impératif de démontrer qu'une faute de gestion des dirigeants a entraîné l'insuffisance d'actif ou y a contribué.

Relativement à l'action en extension des procédures, elle a pour objectif premier d'atteindre ceux qui se sont comportés en véritable maître de l'affaire et qui veulent se rattacher derrière la personne morale de la société pour ne pas contribuer au paiement des créanciers³ alors qu'ils ont profité de la société pendant la période faste⁴. Elle constitue une sanction plus sévère que le comblement du passif. En effet, le passif des dirigeants comprend l'ensemble du passif de la personne morale, alors que le comblement du passif ne fait supporter par les dirigeants qu'une partie du passif⁵. De plus, l'extension des procédures collectives entraîne *de facto* toutes les limitations découlant de l'ouverture de la procédure collective *stricto sensu* à savoir le dessaisissement⁶. Tout compte fait, que les sanctions visant le débiteur de mauvaise foi soient punitives ou

¹ ETHY NYAKE (P.), « La notion de faute de gestion en matière de comblement du passif », *Juridis périodique* n° 71, juillet-août-septembre 2007, p. 89.

² AKAM AKAM (A.), « La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA », *Revue internationale de droit économique*, 2007/2, pp. 237 à 238.

³ Tribunal de Dakar n° 28 du 21 janvier 2003, qui ordonne l'extension de la procédure de liquidation des biens de la SOGERES à Abdoul Khafiz Fakih, dirigeant de ladite société pour avoir posé les actes visés par l'article 189 de l'AUPCAP et notamment disposé des biens et du crédit de la société.

⁴ *Ibid.*

⁵ MEBALE ASSOKO (S.), *L'extension des procédures collectives d'apurement du passif des dirigeants sociaux, mémoire de Master 2*, Université de Yaoundé 2, 2005, p. 11.

⁶ SAWADOGO (F.M.), « les sanctions civiles et commerciales des procédures collectives d'apurement du passif », in *l'Encyclopédie du droit OHADA*, p. 1824.

réparatrices, elles concourent à garantir sa bonne conduite dans la gestion de la procédure collective.

CONCLUSION

En définitive, la notion de bonne foi participe à une régulation du comportement du débiteur pour une meilleure efficacité des procédures collectives. À ce titre, le législateur OHADA, a mis sur pied de mesures contraignantes de nature à garantir la bonne conduite du débiteur dans le but de concilier les différents intérêts en présence. Ainsi, une obligation de diligence, d'information sincère, de transparence et même de coopération du débiteur avec les différents intervenants lors du déroulement de la procédure sont d'un apport indéniable à l'efficacité de celles-ci. Par ailleurs, une limitation de la volonté du débiteur par le législateur OHADA à travers les restrictions de ses droits est observée pour un meilleur assainissement de ses difficultés. Ces mesures participent à assurer, ou mieux à garantir la sincérité et la moralisation du comportement du débiteur dans le déclenchement des procédures mais, également dans le déroulement de celles-ci. Ainsi, le débiteur aurait intérêt à observer toutes ces exigences légales pour pouvoir assurer la survie de son entreprise et satisfaire pleinement ses créanciers. Toutefois, le législateur OHADA ne se borne pas seulement à garantir la bonne foi du débiteur soumis aux procédures collectives, celle des acteurs intervenants dans la gestion des procédures collectives est également garantie.

**La protection des créanciers du de cujus :
réflexion à la lumière du droit successoral
camerounais**

Cédric YASSI TOUGOU KEUNI - Docteur (Ph.D) en droit privé fondamental

Et

Darius Kévin FOTSO DJOMKAM - Docteur (Ph.D) en droit privé et sciences
criminelles, Enseignant associé à l'Institut Catholique de Bafoussam-Cameroun

Résumé

La question de la disparition d'une personne crée parfois pour ses ayants droits une véritable course aux biens. La situation des créanciers de la succession se trouve quelque peu compromise, délicate, au regard de l'instabilité créée par le décès du *de cuius*. Afin de pallier ces inconvénients, le législateur camerounais s'est résolument lancé sur la voie de la protection.

La particularité de la nature des créanciers du *de cuius* opère une démarcation dans leur protection, différemment de tout autre créancier normal. À cet effet, le droit successoral érige des règles allant dans le sens de la protection : les mécanismes de l'option successorale, la séparation des patrimoines et bien d'autres encore en sont des illustrations frappantes. Loin de tout cela, le législateur camerounais semblerait ouvert à la possibilité d'un réaménagement afin de s'arrimer aux législations étrangères qui pose des règles souvent plus protectrices des droits des créanciers. L'avant-projet du code de la famille en gestation ouvrira à coup sûr les portes d'une protection plus confirmée ou avérée des créanciers du *de cuius*.

Au cours de son existence, l'homme acquiert des biens et des titres¹ et il entre très souvent en relation contractuelle avec des tiers. Bien après, il peut arriver que suite à un évènement quelconque, la mort intervienne. La survenance de la mort d'un individu donne naissance assez souvent, à un conflit sur le plan judiciaire au cours duquel les parties en présence usent de tous les moyens pour obtenir gain de cause. Les descendants, les ascendants, les collatéraux, les titulaires de droit de créance envers le *de cuius* se livrent à une course aux biens ; chacun revendiquant ses droits dans la succession ouverte, afin de pouvoir au besoin recueillir la totalité des biens laissés².

En ce qui concerne les créanciers, il s'agit de « toute personne à qui le débiteur doit quelque chose en nature ou en argent »³. Le mot « protection » quant à lui revêt plusieurs sens. De façon prosaïque, c'est l'action de protéger, de défendre quelqu'un, de veiller à ce qu'il ne lui arrive pas de mal⁴. Selon le *Vocabulaire juridique*, il s'agit d'une « précaution qui, correspondant au besoin de celui ou de celle qu'elle couvre, correspond en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité son intégrité, etc. par des moyens juridiques et matériels »⁵. Le *de cuius* étant le défunt, le droit successoral est celui qui régit les rapports qu'entretiennent les héritiers entre eux et les rapports qu'en cette qualité ils entretiennent avec les tiers. Il faut préciser que ce droit est à forte inclinaison coutumière ; mais eu égard aux nombreuses contrariétés et principes deshumanisants et discriminatoires de la coutume, de nombreux textes

¹ LONTSI NOTSAWO (F.), La procédure de règlement des successions en droit Camerounais, mémoire de Maîtrise, Université de Dschang, juin 2014, p. 2.

² Voir à ce sujet FIPA (J.), La vocation successorale ab intestat devant les tribunaux de Dschang et la Cour d'Appel de l'Ouest, mémoire de maîtrise, Université de Dschang, Septembre 1998, p. 2.

³ Gérard CORNU, Association Henry Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^{ème} éd., paris, 2016, p. 285.

⁴ Larousse, Dictionnaire de français, France, 2008, p. 342.

⁵ Gérard CORNU, Association Henry Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op cit*, p. 823.

notamment le Code civil dans sa version applicable au Cameroun réglementent de plus en plus.

Une difficulté non négligeable peut résider dans le fait que le *de cuius* de son vivant était le débiteur des créanciers, si bien que l'intervention brutale de la mort de ce dernier serait de nature à créer une véritable situation d'impasse ; ceci d'autant plus que les personnes appelées à recueillir la succession peuvent elles aussi, être débitrices envers des tiers créanciers qui ont intérêt à voir leur patrimoine valorisé par les biens successoraux. Dès lors, il convient de s'interroger sur la protection des créanciers du défunt. En d'autres termes, comment le droit successoral garantit-il de manière particulière les droits des créanciers du *de cuius* ?

Cette analyse est d'un intérêt certains. En effet, on observe de plus en plus que les individus renoncent à faire recours à la justice parce qu'ayant une méconnaissance ou une ignorance flagrante de la science du droit. L'existence du pluralisme juridique et judiciaire vient par ailleurs leur compliquer la tâche. Pour éviter ces désagréments, nous pensons que cette modeste étude par sa vulgarisation est susceptible d'interpeller les individus, qui, désormais avertis pourront à leur guise jouir des mécanismes que leur offre le législateur en vue de leur protection dans un domaine aussi prisé qu'est la succession. Il faut néanmoins préciser que l'étude se fondera sur la mise en exergue des mécanismes de protection des créanciers du *de cuius*, principalement dans la partie orientale du Cameroun.

La spécificité qui entoure la qualité de créancier a fait naître en droit successoral camerounais, une protection variable à leur égard (I), mais cette dernière doit être améliorée (II).

I-La protection variable des créanciers du de cuius

Le droit successoral, tout comme le droit commun, se donne pour mission de protéger les créanciers de la succession. À l'analyse de la volonté du législateur, l'on constate que cette protection est certes affirmée, mais limitée.

Elle est vérifiable dans les mesures de protection mises en exergue et qui partent de la nécessité de prise en compte de l'intérêt des créanciers (**A**), d'où il ressortira une considérable protection dans le mécanisme de la triple option successorale. Plus à l'écart, dans une perspective différenciée, un accent singulier est mis sur l'idée de continuation ou de remplacement de la personne défunte par les héritiers, qui seront ainsi tenus à l'obligation de répondre personnellement aux charges et dettes de la succession ; ce qui engendre un ébranlement de la protection (**B**).

A- La préservation de l'intérêt des créanciers dans le mécanisme de l'option successorale

L'option successorale permet de garantir les créanciers du défunt par des mécanismes à savoir : la renonciation (**1**), les acceptations bénéficiaire et pure et simple (**2**).

1- Le mécanisme de la renonciation à la succession

La renonciation est cette technique juridique permettant à l'un ou à la totalité des héritiers de se soustraire de leurs droits dans une succession. Expressément régi par les dispositions des articles 784 à 792 du code civil camerounais¹, on pourrait être tenté de croire que la renonciation participe à un affaiblissement de la situation des créanciers de la succession, car leurs droits pourraient ainsi se perdre étant donné qu'il n'y aura plus personne pour pourvoir au remboursement de leur créance. Or, il n'en est rien.

En effet, le législateur a aménagé ce mécanisme pour l'adapter à l'exigence d'une protection souhaitable des créanciers. Il ressort de l'article 788 du CCC que : « *Les créanciers de celui qui renonce au préjudice de leurs droits, peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession du chef de leur débiteur, en*

¹ CCC

son lieu et place. Dans ce cas, la renonciation n'est annulée qu'en faveur des créanciers et jusqu'à concurrence seulement de leurs créances ; elle ne l'est pas au profit de l'héritier qui a renoncé ». Par cette disposition, aucun doute n'est plus fait quant au souci de protection pour les créanciers. Désormais, la renonciation ne se présente plus totalement comme une mesure qui couvre la personne du débiteur. Un grand inconvénient qu'il devrait craindre dorénavant est la possibilité donnée aux créanciers, par la voie judiciaire, d'accepter la succession à la place du débiteur renonçant. On peut en déduire que cet avantage que consacre la renonciation pour les créanciers de la succession produit des effets énergiques, les autres options vont également dans ce sens.

2- L'acceptation bénéficiaire et l'acceptation pure et simple de la succession.

L'acceptation pure et simple est la faculté reconnue à l'héritier d'accepter la succession sans la réserve de ne payer les dettes qu'à concurrence de l'actif net. Accepter un héritage peut présenter des risques, principalement lorsque la succession du défunt est criblée de dettes et qu'il faudra les payer du fait de l'acceptation.

L'acceptation pure et simple est un choix irrévocable et parfois risqué qui se présente à l'héritier. Elle est réglementée par les articles 774 à 783 du code civil.

Concernant ses modalités, elle pourra être expresse ou tacite. Dans la première situation, elle pourra résulter d'un écrit ou d'un procès-verbal établi par le notaire ; dans la seconde, il s'agira des cas où l'héritier se comporte et agit comme s'il acceptait la succession (vente d'un meuble dépendant de la succession, utilisation d'un compte bancaire du défunt, établissement d'un acte conservatoire sur un bien successoral...).

L'effet de cette option est que tous les « *acceptants* » sont tenus au passif. Ils sont saisis des biens des droits et des actions au même titre que les légataires à titre universel. Par cette option, les créanciers, tout ordre confondu, sont au moins sûrs d'avoir une personne envers qui ils pourront poursuivre le paiement

de leurs créances. Ils pourront aller jusqu'à en réclamer le paiement sur les biens personnels de l'héritier, si la succession s'avère insuffisante pour couvrir leurs créances. Ceci est un aspect majeur de la protection des créanciers, bien qu'elle comporte un revers dangereux pour eux.

En effet, l'acceptation pure et simple établit une confusion entre le patrimoine de l'héritier et celui du défunt, de telle sorte que les créanciers héréditaires pourront se retrouver en concours avec les créanciers personnels de l'héritier, et inversement. Cependant, les premiers pourront toutefois invoquer le privilège de séparation des patrimoines que nous évoquerons plus loin. Par cette situation, on assiste tant à une diminution qu'à une extension parfois problématique du gage des créanciers de la succession.

Il en va différemment de l'acceptation à concurrence de l'actif net. Elle se définit comme une acceptation ayant pour effet de limiter le poids des dettes successorales à l'actif de la succession. Elle fait l'objet des articles 793 à 810 du CCC. Il s'agit d'un choix intermédiaire qui ne se présume pas. Elle permet à l'héritier de limiter son obligation à la dette, surtout si les dettes connues ou supposées risquent d'excéder les avoirs laissés par le défunt. Ce choix ne pourra être pris en compte que si la déclaration est expresse. Elle se fait par inscription sur un registre tenu au greffe du tribunal de première instance du lieu d'ouverture de la succession (le registre des renonciations)¹.

Ce choix implique l'obligation d'établir un inventaire² détaillé, fidèle et exact³ des biens de la succession, c'est une condition essentielle pour fixer la mesure des obligations de l'héritier. Il ne serait pas fidèle si l'héritier avait omis sciemment d'y faire figurer certains biens, cette fraude aux droits des créanciers

¹ Exigence contenue dans les dispositions de l'article 793 du code civil camerounais.

² L'héritier doit faire inventaire selon l'article 795 dans un délai de trois mois à compter du jour de l'ouverture de la succession. Il a de plus un délai de quarante jours qui commence à courir à partir du jour de la clôture de l'inventaire, s'il a été terminé avant les trois mois ou du jour de l'expiration du délai donné des trois mois pour faire inventaire afin de délibérer son acceptation.

³ Article 794 du CCC : « Cette déclaration n'a d'effet qu'autant qu'elle est précédée ou suivie d'un inventaire fidèle et exact des biens de la succession, dans les formes réglées par les lois sur les procédures, et dans les délais qui seront ci-après déterminées ».

serait constitutive de recel civil¹ et entraînerait la déchéance de cette option. Dans la logique d'une meilleure protection des créanciers du défunt, le code de procédure civile et commerciale dispose en son article 570 que : « *Le créancier ou toute autre partie intéressée qui voudrait obliger l'héritier bénéficiaire à donner caution, lui fera faire sommation à cet effet, par acte extrajudiciaire signifié à personne ou à domicile.* »

Au final, l'acceptation bénéficiaire se présente comme un instrument protecteur des droits des créanciers du *de cuius* au regard des dispositions de l'article 802 du CCC². En dehors de ces mécanismes d'option successorale, d'autres mesures de protection existent mais en marge des effets énergiques que procurent les précédentes et par conséquent, une limite se fait plus ou moins ressentir dans la protection des créanciers.

B- L'ébranlement problématique de la protection

Deux mesures de protection certaines seront envisagées dans ce cadre. Certes, elles jouent leur rôle protecteur des créanciers de la succession, mais de façon limitée, car il existe à leur égard des points d'imperfections. Le législateur a tenté de les corriger, sans qu'il s'en suive des résultats probants. L'on s'attardera tour à tour sur le principe de la division des dettes (1) et sur le principe de la séparation des patrimoines (2).

¹ Article 801 du CCC : « *L'héritier qui s'est rendu coupable de recel ou qui a omis, sciemment et de mauvaise foi de comprendre dans l'inventaire des effets de la succession est déchu du bénéfice d'inventaire* ».

² Il ressort de cette disposition que : « *l'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier l'avantage :*

1° De n'être tenu du paiement des dettes qu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis, même de pouvoir se décharger du paiement des dettes en abandonnant tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires.

2° De ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de paiement de ses créances ».

1- L'institution du principe de la séparation des dettes

Le principe de la division des dettes en matière successorale est calqué sur l'idée de vocation héréditaire de chaque successible. En fondement de ce principe, la créance que constituent les dettes du défunt¹ se divise par le seul fait du décès à ses héritiers. Chacun d'eux ne pourra être tenu que pour sa part dans la dette.

Cette exigence ressort de la lecture de l'article 1220 du CCC qui dispose à cet effet que : « *L'obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour des parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur* ».

L'avantage significatif qui ressort de l'application de ce principe de la séparation des dettes réside dans le fait que, le gage dont les créanciers bénéficiaient du vivant du défunt, est conservé, même après le décès du débiteur et ce jusqu'au partage, de façon indivisible sur l'hérédité toute entière². Ce droit de gage des créanciers perdure après le décès du débiteur, ce qui évite tout concours avec les créanciers personnels de l'héritier. Désormais, les créanciers successoraux seront quasiment sûrs d'être payés même si les héritiers sont insolvable. Ils disposent à cet effet, de la possibilité de multiplier de leurs poursuites contre les différents héritiers tenus au passif successoral, chacun ne contribuant que dans la proportion des droits qu'il recueille dans la succession, sauf s'il accepte purement et simplement. Dans ce dernier cas, il sera tenu naturellement au-delà du passif.

Toutefois, le principe de la division des dettes peut s'avérer dangereux pour la personne du créancier. Deux faits majeurs sont à relever ici. Le premier inconvénient est lié à la complication de la procédure. Par la multiplication des

¹ Auxquels on assimile les legs.

² Cour de cassation, Arrêt Frecon, 24 Décembre 1912, Sirey 1914, I, 201.

poursuites, le créancier devra exercer autant de poursuites distinctes qu'il y a d'héritiers. Cela est de nature à générer plus de charges pour le créancier. On pourrait observer une extension des procédures de recouvrement due par exemple aux nombreuses lenteurs qui seront observées lors du procès surtout si l'un ou plusieurs héritiers soulèvent des contestations. La pluralité des poursuites portera un coup sérieux sur le souci de célérité que se donne le législateur dans toute procédure ; En cette époque du délai raisonnable¹, les individus qui vont au procès n'ont plus pour seule ambition de le gagner mais plutôt obtenir un gain de temps. La multiplication des poursuites émanant de la division des dettes est donc à craindre.

Sous un autre angle, le principe de la division des dettes est susceptible d'exposer le créancier au risque de n'obtenir qu'un paiement partiel de sa créance. Tel sera le cas si l'un des héritiers se révèle être insolvable. Mais cet inconvénient est corrigé par l'institution du principe de la séparation des patrimoines en faveur des créanciers.

2- L'institution du principe de la séparation des patrimoines.

Le principe de la séparation des patrimoines se présente comme un mécanisme visant à atténuer les imperfections de la division des dettes. Le législateur, en le prévoyant visait une meilleure protection des créanciers de la succession². De façon plus technique, on peut la définir comme une faculté accordée aux créanciers successoraux d'éviter la fusion d'une succession solvable avec le patrimoine d'un héritier insolvable, lorsque ces derniers craignent de subir, sur l'actif successoral, le concours avec les créanciers de l'héritier en question. Par cette mesure, les créanciers du défunt jouissent d'un

¹ Voir article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

² À cet effet, l'article 878 CCC dispose que : « Ils (les créanciers de la succession) peuvent demander dans tous les cas, et contre tout créancier, la séparation des patrimoines du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier ».

privilège¹ leur permettant d'être payés avant ceux qui sont personnels aux héritiers ; Il s'agit d'un droit de préférence sur les biens successoraux.

Ce privilège ne joue que si le créancier en invoque le bénéfice ; on en déduit que le créancier qui n'en fait pas mention pourrait se voir en concours, sur les biens de la succession avec les créanciers personnels de l'héritier. D'ailleurs, le droit d'invoquer la séparation des patrimoines est perdu pour le créancier en acceptant l'héritier pour débiteur². Elle doit être invoquée en ce qui concerne les meubles de la succession dans un laps de 03 ans. Pour les immeubles, l'action pourra être exercée tant que le bien existe dans la main du débiteur³.

Au regard de ce qui précède, on peut déduire l'existence d'une protection particulière des créanciers du *de cuius* en droit successoral camerounais. Néanmoins, cette protection reste à parfaire.

II- Une protection perfectible des créanciers du *de cuius*

Le caractère actuel que représente la matière successorale impose de prendre en compte les exigences des uns et des autres dans la procédure de règlement successoral. Il s'agit de celle des créanciers de la succession qui, la quasi-totalité des cas se tourneront vers les juridictions pour que la situation du décès du défunt ne mette pas en péril leurs droits. Le législateur camerounais malgré ses efforts, on note que des imperfections remarquables subsistent dans divers axes du règlement successoral. Certaines modalités s'avèrent incorrectes ou alors inadaptées à la spécificité que représente les créanciers de la succession. Un regard tourné vers le droit des pays étrangers **(A)** nous permet de constater un réaménagement en la matière **(B)**.

¹ Voirin (P.), Droit civil, 17^{ème} éd., LGDJ, tome I, Paris, N° 2454, 1992, pp.174-176.

² Article 879 CCC : « Ce droit ne peut cependant plus être exercé, lorsqu'il y a novation dans la créance contre le défunt, par l'acceptation de l'héritier pour débiteur ».

³ Article 880 CCC : « Il se prescrit, relativement aux meubles, par le laps de trois ans. A l'égard des immeubles, l'action peut être exercée tant qu'il existe dans la main de l'héritier ».

A- L'apport du droit comparé

Chaque État au monde, chaque pays, jouit d'une souveraineté reconnue. C'est à ce juste titre que chacun d'eux a la possibilité de fixer ses règles de fonctionnement en tenant en compte des réalités et des aspirations de sa société. Néanmoins, cela n'enlève rien à la pertinence d'un texte étranger qui pourrait trouver un bon terrain d'application dans un autre pays. Ce genre de transposition a, à plusieurs reprises, déjà été opéré. C'est donc à juste titre que nous interrogerons le droit de quelques pays africains (1) et ceux de pays autres que l'Afrique relatifs à la matière successorale (2).

1- Les droits africains

Loin des coutumes inhumaines, des textes discriminatoires et des pratiques barbares qui ont sévit dans quelques pays en Afrique jusqu'à une période encore récente, les législations du continent noir se sont définitivement lancées sur la voie de la préservation de la dignité humaine. C'est ainsi que dans la plupart des pays, des innovations marquantes ont été opérées dans divers domaines, principalement dans le droit des successions qui nous intéresse relativement à la protection des créanciers du *de cuius*. Certaines législations édictent des règles plus protectrices que d'autres ; c'est ce qui justifie la nécessité pour nous de relever des solutions qui pourront, si besoin se faisait ressentir, intéresser le législateur national dans l'optique d'un réaménagement de sa volonté de protéger les créanciers du défunt. Dans cette démarche, les cas du Bénin et du Sénégal seront analysés.

À ce titre, le code des personnes et de la famille au Bénin en matière successorale, pose des principes de protection des créanciers qu'il nous convient de présenter. En effet, le législateur béninois donne la possibilité aux créanciers de la succession de faire remplacer l'héritier bénéficiaire par un administrateur qui sera nommé par le président du tribunal du lieu d'ouverture de

la succession, lorsque celui-ci risque de compromettre leurs intérêts¹. Dans le même sens, ledit administrateur est tenu de rendre compte de sa mission aux créanciers, aux légataires, ainsi qu'à l'héritier bénéficiaire². Cette mesure vise à impliquer le créancier dans la procédure de règlement successoral. Par cette disposition, il a un droit de regard et de contrôle sur les biens de la succession. Du coup, cette opportunité qui lui est offerte permet d'éviter toute gestion calamiteuse des biens par l'héritier ou l'administrateur selon les cas.

Par ailleurs, le législateur béninois, dans la même logique que celui du Cameroun, donne l'occasion aux créanciers d'accepter la succession en lieu et place de leur débiteur qui y renonce au préjudice de leurs droits ; cette action est exercée dans un délai de trois ans suite à la renonciation. La différence marquante avec la législation camerounaise réside dans le fait que les créanciers du *de cuius* peuvent même après épuisement des délais, se faire relever de la forclusion par le tribunal en cas de fraude manifeste à leurs droits et s'ils justifient n'avoir pas eu connaissance de la renonciation³. De ces dispositions, il est remarquable de constater la prise en compte singulière des intérêts des créanciers par le législateur béninois qui, en plus des procédés de protection qu'on observe au Cameroun se dote de moyens encore meilleurs.

Contrairement au législateur Camerounais, son homologue du Sénégal prend la peine de préciser de façon très explicite et détaillé les différents moments de la protection. En effet, au lieu de présenter simplement les mécanismes de protection dans des articles, ce dernier a pris la peine de faire figurer au préalable un titre permettant de ressortir l'idée à traduire par la suite dans les dispositions suivantes. Cet état de choses, vise de façon implicite à faciliter la tâche aux chercheurs et aux justiciables, en quête de dispositions relatives à une matière précise. Le créancier de la succession, par exemple,

¹ L'Article 670 du code de la famille et des personnes au Bénin dispose que : « *Si les intérêts des créanciers ou des légataires risquent d'être compromis du chef de l'héritier bénéficiaire, tout intéressé peut provoquer le remplacement de ce dernier par un administrateur...* »

² Voir article 671 du code précité.

³ Article 678 du code précité.

pourrait dans ses recherches se retrouver facilement. Il ne sera plus question pour lui de lire dans les lignes toutes les dispositions ayant trait à sa situation. Il gagnerait du temps avec les références faites. À titre d'illustration, l'article 477 comporte comme titre « *Droits des créanciers*¹ ». Quid de l'apport des droits autres qu'africains dans la construction d'une protection plus accentuée des créanciers du *de cuius* ?

2- Le droit européen

La préoccupation relative à la mise en place d'un mécanisme de protection des créanciers en matière successorale se manifeste tout aussi dans les pays européens. Pour des raisons méthodologiques et temporelles, nous ne saurions prétendre faire un tour complet de ces pays. Nous nous cantonnerons principalement au cas du droit hollandais.

Le code civil hollandais, accentue la protection des créanciers en procédant un peu différemment de celui camerounais. En effet, des dispositions du CCC, il ressort que, lorsqu'il n'a pas été fait opposition, un privilège de fait est reconnu au profit du créancier qui se présente le premier. Ainsi, le constat peut être fait de ce que les créanciers retardataires ou absents seront fragilisés. Ils risqueront au cas où l'actif successoral ne permet plus de les rembourser, de perdre leur droit de créance ; il leur est accordé une hypothétique action contre les légataires. Le code civil hollandais, essaie de corriger ce manquement de la législation camerounaise en obligeant l'héritier bénéficiaire à convoquer, par une annonce insérée dans les journaux, les créanciers inconnus, à l'effet de leur rendre compte de son administration et de payer leurs créances au prorata des biens de la succession². Cette mesure importante est à prendre en compte, dans la mesure où même en cas de décès de leur débiteur, ils seront informés par

¹ Cet article met en exergue le droit du créancier d'un copartageant de s'opposer à un partage fait en fraude de leurs droits.

² Voir à ce sujet ASSER (C.-D) « Le code civil dans les Pays-Bas » tiré dans l'ouvrage intitulé « Le code civil, livre du centenaire », Tome second, 1804-1904. Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1969, p. 832 - 834.

l'héritier qui est, au préalable tenu de les informer pour faire un compte rendu de ses opérations de gestion et opérer un paiement. De tous ces aspects sus évoqués, il est prévisible que dans l'optique d'une protection toujours plus poussée et meilleure des créanciers de la succession, le droit successoral camerounais doit se réaménager.

B- Les voies de réaménagements

Le droit des successions au Cameroun est, au regard de l'attention que nous lui avons porté critiqué à ce jour. Le législateur, certes, a institué de par les textes du code civil, un corpus de règles y afférents. Les créanciers de la succession sont à cet effet pris en compte. Mais sur certains points leur protection est insuffisante.

Plusieurs suggestions, ont été faites et il est fort remarquable de penser que dans un avenir proche, le législateur puisse intégrer certains correctifs relatifs à la loi successorale en ce qui concerne la protection des créanciers de la succession. Cet espoir de réaménagement naît au regard de la lecture de l'avant-projet du code de la famille camerounais en gestation. L'institution de cette législation sera porteuse de nombreuses innovations incontestables. Il convient d'en relever quelques exemples de traits marquants.

En effet, cette législation comblera le vœu d'établissement d'une législation plus complète en la matière. Qui plus est, sa rédaction désormais sera en adéquation avec les aspirations sociales. A l'observation, l'on constate que cette dernière est comme plus haut recommandé de plus en plus explicite. Les articles sont au préalable intitulés et plus expressifs. Sur la voie du législateur Sénégalais, Gabonais, et Béninois ; l'avant-projet du code de la famille camerounais en gestation essaie de parfaire sa loi.

À propos des modalités de protection, la future loi¹ concède une grande marge de manœuvre à la personne des créanciers de la succession. À cet effet, ces derniers ont la possibilité de devenir par eux-mêmes administrateurs des biens de la succession ; pour ce faire, ils pourront en exercer une demande auprès de la juridiction compétente². Désormais, il pèse sur la personne de l'exécuteur testamentaire ou de l'administrateur des biens de la succession, l'obligation d'informer le créancier, par une publication dans un journal d'annonces légales, pour qu'il puisse produire sa créance dans un délai de trois mois. Ce journal doit paraître dans tout département où se situe le bien du défunt. Faute de s'y conformer, l'exécuteur sera personnellement responsable du non-paiement des créances. Il ne peut se décharger de toute poursuite des ayants droits en invoquant le fait qu'il ignorait l'existence des créanciers ou l'impossibilité pour lui de les localiser³.

Conclusion

Au terme de l'analyse portant sur la protection des créanciers du *de cuius* en droit successoral camerounais, l'on peut constater que cette dernière n'est pas absolue. S'il est vrai qu'il existe une attention particulière du législateur, elle demeure perfectible. Dans cette optique, les droits étrangers dégagent des règles plus ou moins appréciables allant dans le sens d'une perfection de la législation nationale. L'avant-projet du code de la famille et des personnes viendra à coup sûr opérer un changement dans le sens du rétablissement des imperfections observées.

Loin du désir constant de protection des créanciers du défunt, il ne faudrait pas perdre de vue qu'il faut penser à la préservation des droits des créanciers personnels de l'héritier.

¹ Il s'agit de l'avant-projet du code camerounais des personnes et de la famille.

² Article 537 de l'avant-projet du code camerounais des personnes et de la famille : « Toute personne intéressée, notamment les héritiers, les créanciers, l'exécuteur testamentaire ou l'administrateur, peut saisir le tribunal compétent en vue d'administrer par lui-même la succession ».

³ Art 540 de l'avant-projet du code camerounais des personnes et de la famille.

