



Éditée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Juillet 2018, 2^{ème} N°

**MISE EN GARDE DES CREANCIERS
CONSENTANT DE NOUVEAUX APPORTS
AU DEBITEUR EN VUE DE LA POURSUITE
DE L'EXPLOITATION**

Par

Didier TAKAFO-KENFACK
Chargé de cours à l'université de Bamenda (Cameroun)

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)



Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

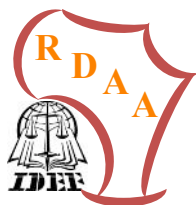
Juillet 2018, 2^{ème} N°

Sommaire

- Résumé en français et en anglais

- Article

- Note biographique de l'auteur



Juillet 2018, 2^{ème} N°

Résumé

Afin de rendre plus attractifs, les mécanismes de prévention des difficultés des entreprises, le législateur africain a institué en faveur des créanciers qui ont consenti, un crédit au débiteur en vue de la poursuite de l'exploitation, le privilège du new money. L'objectif est de rassurer ces « âmes de bonne volonté », qu'en cas d'ouverture d'une procédure liquidative, ils prime-ront tous les autres créanciers. Toutefois, l'efficacité dudit privilège est diluée en cas d'insuffisance d'actif qui oblige à clôturer prématurément la procédure, abandonnant le créancier impayé à son triste sort. A cela, s'ajoute le flou entourant ses droits en cas de redressement de l'entreprise. Ces imprécisions risquent bien de décourager les créanciers généralement réticents de voler au secours du débiteur en l'absence de meilleures garanties de recouvrement.

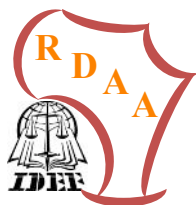
Abstract

To render attractive the mechanisms of prevention of enterprise's difficulties, the African legislator has consecrated in favor of creditors who decide to assist financially the debtor, the privilege of new money. The goal is to reinsure them that they will be paid as a priority if the firm was put into liquidation. However, the efficiency of privilege is limited when the money collected are not sufficient to disinterest all the creditors, the judge is obliged to pronounce the termination of procedures without payment of creditors. Furthermore, there is uncertainty concerning the creditor's rights in the hypothesis of rescue of enterprises. These vagueness risks to discourage the creditors generally reticent to rescue the debtor in the absence of best guarantee of recovery.

Planiol observait, il y a plus d'un siècle après, qu'« une réforme n'est que le remplacement d'inconvénients anciens, que tout le monde connaît, par des inconvénients nouveaux, qu'on ne soupçonne pas encore et dont la pratique révèle ensuite la nature et l'étendue »¹. Ces propos sont toujours d'actualité et se vérifient à travers le privilège du new money récemment institué en droit uniforme africain en vue du sauvetage d'un grand nombre d'entreprises. Le législateur Ohada a renforcé les mesures de prévention des difficultés en créant aux cotés du règlement préventif, la conciliation² dont l'objectif est de mettre fin aux difficultés de

¹ M. Planiol, *Le Code civil : 1804-1904 : Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, Tome. 2, p. 955.

² AUPC, art. 2,



Juillet 2018, 2^{ème} N°

l'entreprise à travers la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers. L'efficacité de la conciliation est renforcée en raison des possibilités dont dispose le débiteur, d'obtenir des nouveaux apports en trésorerie, biens ou services de la part des créanciers dans le cadre de l'accord de conciliation.

L'obtention des sacrifices exige la mise en place des mesures incitatives tendant à rassurer les créanciers qui ont tout risqué pour l'entreprise. Le nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures collectives (AUPC) prévoit que ces créanciers bénéficient d'un privilège qui leur permet en cas d'ouverture d'une procédure liquidative, de primer tous les autres créanciers : c'est le privilège de new money³ qui permet aux créanciers qui ont fait de nouveaux apports au débiteur, d'être payés par priorité à tous les autres qui ont juste accordé une remise de dettes antérieurement constituée. On peut légitimement se demander s'il satisfait effectivement les intérêts des créanciers.

Ces derniers disposent-ils de réelles garanties de recouvrement de l'intégralité de leurs créances ? En se fondant sur les articles 166 et suivant de l'Acte uniforme, on pourrait hâtivement répondre par l'affirmative. Ce serait ignorer que plusieurs procédures liquidatives s'achèvent par l'insuffisance d'actif qui expose les créanciers aux difficultés de recouvrement de leurs créances (I). En se décidant de consentir de nouveaux apports au débiteur, le créancier entend contribuer au sauvetage de l'entreprise, curieusement, ses droits sont totalement neutralisés en cas de retour à meilleure fortune (II). De quoi susciter quelques interrogations.

I. Le difficile recouvrement des créances en cas d'insuffisance d'actifs

Nombreuses, sont les entreprises confrontées à des difficultés menaçant leur existence. En pareille hypothèse, le droit moderne a décidé de ne plus accabler le dirigeant qui a bien géré, mais s'est vu rattraper par les aléas de la conjoncture. C'est pourquoi l'Acte uniforme recon-

³ R. Assontsa, H. I. Siliéno, « L'introduction du privilège de new money en droit OHADA des procédures collectives », *Penant*, n°900, juill.-sept. 2017, p. 279.



Éditée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Juillet 2018, 2^{ème} N°

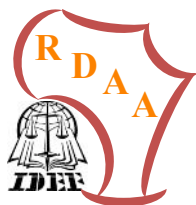
naît quatre procédures : la conciliation, le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Si les trois premières s'appliquent lorsque l'activité de l'entreprise peut se poursuivre en dépit des perspectives économiques peu rassurantes, la dernière s'ouvre lorsque la situation est irrémédiablement compromise. Il n'y a plus de chance quant au redressement, d'où la nécessité de procéder à une réalisation des actifs du débiteur en vue de désintéresser les créanciers.

Si le syndic⁴ dispose des sommes suffisantes pour payer tous les créanciers, on est en présence d'un dénouement heureux, la procédure étant clôturée pour extinction du passif. L'hypothèse est rarissime, au moment où le débiteur traverse les difficultés, il ne dispose plus suffisamment des sommes pour apurer son passif. La liquidation se heurte à l'insuffisance d'actif, le débiteur n'ayant plus de fonds suffisants pour s'acquitter de l'ensemble de ses dettes. Le constat de l'insuffisance d'actif emporte nécessité pour la juridiction compétente, de clôturer la procédure « au risque de contribuer à aggraver davantage le passif du débiteur »⁵. Se pose la question du sort des créanciers du new money qui n'ont pas été payés.

Depuis la réforme des procédures collectives de l'Ohada, le jugement de clôture de liquidation pour insuffisance d'actif entraîne, conformément à l'article 174 AUPC nouveau, extinction des droits de tous les créanciers y compris ceux du new money qui assistent impuissants à l'apurement du passif sans avoir été payés et à la libération inconditionnelle du débi-

⁴ Dans l'espace juridique OHADA, le syndic est l'un des mandataires judiciaires qui intervient dans les procédures de cas de redressement et de liquidation judiciaire. Il en est la cheville ouvrière desdites mesures puisqu'il représente le tribunal pour l'administration de la procédure. Le législateur à la différence de son homologue français, l'a également investi à la fois, d'une mission de représentation du débiteur et des créanciers. Ce qui a fait dire à un auteur que le syndic est un « organe ambivalent », F. M. Sawadogo, *OHADA Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant Bruxelles, 2002, n° 151, p. 147 ; Y. R. Kalieu Elongo, « Les organes des procédures collectives », In P.-G. Pougoué (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, Paris, 2012, p. 1295 et s ; O. C. Ngo Nsoa, *Le syndic dans les procédures collectives OHADA*, Mémoire, Yaoundé II, 2015, p. 1 et s.

⁵ H. Tsague Donkeng, « Le régime de l'insuffisance d'actif en droit OHADA des procédures collectives », *Revue de l'ERSUMA*, n° 4, sept 2004, p. 320.



Juillet 2018, 2^{ème} N°

teur⁶. Le débiteur n'aura plus à subir les assauts des créanciers insatisfaits même si par la suite, il a des moyens de payer. Ce nouveau droit du débiteur de ne plus payer certaines de ses dettes est immoral⁷ en ce qu'il sacrifie irrémédiablement les droits des créanciers. D'où les exceptions en faveur des créanciers dont la créance résulte d'une condamnation pénale ou des créances alimentaires qui recouvrent ainsi leurs droits de poursuite individuelle contre le débiteur. Rien de particulier n'a été prévu en ce qui concerne les créanciers du new money. Il en résulte une paralysie de leurs droits malgré les risques pris en volant au secours du débiteur en difficulté. Pour l'avoir fait, ils risquent de se retrouver dans une impasse en cas d'insuffisance d'actifs menaçant leur existence, s'ils sont des structures sociétaires.

Que devient alors le privilège du new money qualifié par le professeur Rachel Kalieu Elongo, de « *prime* »⁸ récompensant les créanciers qui font des nouveaux apports ? Il importe de s'interroger sur les solutions qui permettraient de faire jouer pleinement le privilège institué en leur faveur. Il eut été souhaitable de leur reconnaître les mêmes chances de recouvrement de leurs créances à l'image de celles reconnues aux créanciers dont la créance résulte d'une condamnation pénale ou des créances alimentaires, surtout lorsque le débiteur est une personne physique qui a connu du succès dans sa reconversion professionnelle. Disposant des liquidités, il devrait de manière responsable, penser à la situation de ses anciens créanciers qui l'ont soutenu à un moment critique de son existence. Les textes entretiennent un mutisme coupable à ce sujet, tolérant implicitement qu'un débiteur personne physique puisse indéfiniment et impunément effacer les traces de ses dettes, en profitant à chaque fois, d'un jugement de clôture pour insuffisance d'actifs.

En ce qui concerne le débiteur personne morale dont l'insuffisance d'actifs provoque la disparition de la personnalité juridique qui ne survivait plus que pour les besoins de la liquida-

⁶ En France, depuis la réforme de 1985, la libération du débiteur est le principe. V. à cet effet, J. Mestre, B. Dubreuil, « La purge des dettes par l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. proc. coll.* 1989, 389.

⁷ G. Ripert, R. Roblot, par M. Germain *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, T. I, Vol. 2, LGDJ, 18^{ème} éd, 2002, n°3275.

⁸ Y.R. Kalieu Elongo, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, PUA, 2016, p 73.



Juillet 2018, 2^{ème} N°

tion, le législateur communautaire africain pourrait proposer l'institution d'un fonds de garantie en faveur des créanciers qui courent le risque de mettre en danger, leurs propres activités en faisant des nouveaux apports au débiteur. En l'absence de ces garanties de sécurité, il n'est pas exagéré de dire que le privilège du new money est d'une efficacité relative puisqu'il ne produit pas toujours les effets escomptés en cas d'insuffisance d'actifs. La situation du créancier est encore plus embarrassante en cas de retour à l'entreprise à meilleure fortune, du fait de l'éviction pure et simple du privilège, qui emporte neutralisation de ses droits.

II. La neutralisation des droits du créancier en cas de retour à meilleure fortune

L'entreprise n'est pas n'importe quel individu du monde des affaires. Sa disparition est une expérience traumatisante pour les salariés et les citoyens comme pour l'État en ce qu'elle provoque l'effondrement d'une partie de l'économie qui entraîne à son tour, de multiples problèmes: chômage massif, misère, gangstérisme et soulèvement populaire. En réalité, l'institution sociétale n'est pas seulement source de prospérité pour ses initiateurs, elle est garante de la stabilité politique et de la cohésion entre les peuples. C'est pourquoi, face au phénomène d'entreprise en difficulté, la réaction la plus prompte de ces dernières années est le développement des mesures destinées à convaincre les créanciers, souvent réticents, à consentir des nouveaux crédits à l'entreprise en vue de son sauvetage. En présence d'un dirigeant sérieux, ces nouveaux apports peuvent remettre l'outil de production sur le droit chemin.

Que deviennent alors les droits des créanciers du new money en cas de retour à meilleure fortune ? Le redressement facilite-t-il le paiement prioritaire des créanciers ? Ces derniers peuvent-ils, pour avoir contribué par leurs apports, au sauvetage de l'entreprise, exiger de cette dernière, un paiement prioritaire ? Le législateur Ohada n'a pas cru devoir répondre à ces différentes préoccupations. Pourtant, le retournement de la situation renseigne que dans un futur proche, ou dans les jours qui suivent, l'entreprise pourrait bien évidemment, sans risque de rechute, honorer ses engagements financiers à court, moyen ou long terme. Il aurait été souhaitable en pareille hypothèse, de prévoir en faveur des créanciers, une priorité de paiement qui obligerait l'entreprise redressée, à payer à première demande ou à tout le moins, lors-



Éditée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Juillet 2018, 2^{ème} N°

que l'état de la trésorerie de l'entreprise le permet. A l'heure actuelle, aucune obligation de rembourser en priorité en cas de retour à bonne fortune ne pèse sur le débiteur bien que cela serait le moyen idéal de récompenser les risques encourus par les créanciers, mais bien plus, une manière de leur inciter à consentir davantage des crédits au débiteur en étant rassurés de leur recouvrement quel que soit l'issue des procédures.

En l'absence de ces mesures révolutionnaires, le privilège disparaît tout simplement en cas de retournement de l'entreprise alors que c'est à ce moment là qu'il devrait récompenser pleinement ceux qui ont tout risqué en faveur de l'entreprise. Finalement, le privilège joue-t-il effectivement en faveur des créanciers comme les textes semblent le dire quand ils ne risquent de ne rien recevoir en priorité. Ils ne peuvent même pas prétendre à un traitement privilégié ou à un avantage quelconque en raison de leur qualité. Pour s'en convaincre, il faut voir qu'ils ne peuvent pas, s'ils le souhaitent participer au capital ou acquérir la qualité d'associé, en vertu de l'article 11-1(3) de l'AUPC révisé, eu égard à leur qualité de prêteurs à l'entreprise en difficulté.

En effet, ledit article dispose que les sommes allouées au titre de l'assistance du débiteur ne peuvent être assimilées aux apports consentis dans le cadre d'une augmentation du capital social. Seront-elles alors rétrocédées à leurs destinataires en cas de redressement ou s'ajouteront-elles à l'assiette des créances antérieures ? Les nouveaux apporteurs en trésorerie ne savent même plus quelle est leur véritable position. Conserveront-ils en cas de redressement, le statut de créanciers privilégiés d'autrefois ou alors deviennent-ils de simples créanciers chirographaires ? Autant de questions sans réponses qui risquent de renforcer la méfiance des créanciers, de voler au secours du débiteur, du fait des difficultés de recouvrer l'intégralité de leurs créances.



Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Juillet 2018, 2^{ème} N°

Note biographie de l'auteur



Didier TAKAFO-KENFACK est Chargé de cours à l'Université de Bamenda au Cameroun où il enseigne le droit commercial général et le droit du travail. Il s'intéresse également au droit des sociétés commerciales et au droit des entreprises en difficulté.

REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)



Éditée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Juillet 2018, 2^{ème} N°

La Revue du Droit des Affaires en Afrique est publiée grâce au soutien de :



Orabank



**Baker
McKenzie.**