

L'attractivité contractuelle du droit des procédures collectives de l'espace OHADA



Par
Aziber Seid Algadi,
docteur en droit
enseignant à l'École
régionale supérieure
de la Magistrature
(ERSUMA),
membre du comité
de rédaction
de l'Encyclopédie
du droit OHADA

1 - Pour étude globale sur la question : v. A.S. ALGADI, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives : Etude à la lumière du droit français*, L'harmattan Paris 2009, 370 p, Préface de Marie-Hélène MONSERIE.

2 - B. DUREUIL, *Le sort des contrats en cours dans la procédure de redressement judiciaire in Le Juge et l'exécution du contrat, Colloque IDA d'Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille 1993, p.101-116.*

3 - Cf. en ce sens : M.H. MONSERIE, *Les Contrats dans le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1994.*

4 - A.S. ALGADI et L. ELKOUBI, *La résolution de plein droit des contrats en droit OHADA des procédures collectives : RCDA, n° 8, 2012.*

5 - F.M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté, Coll. Droit uniforme, Bruylant Bruxelles, 2002, p.182.*

La défaillance économique d'une entreprise suscite toujours un vif intérêt et occupe très souvent le cœur des débats doctrinaux sur le sort des contrats¹. Dès lors qu'une entreprise est en difficulté, de profondes répercussions s'ensuivent. Le législateur est, à ce titre, appelé à mettre en place des règles prévisionnelles qui limitent les conséquences désastreuses d'un événement inattendu sur les relations contractuelles d'une entreprise.

Le droit des affaires devient ainsi le champ d'intervention privilégié du législateur. Comme le dit justement un auteur, «l'économie rejaillit sur le droit et c'est elle, aujourd'hui, qui dicte sa loi²».

L'enjeu majeur pour l'OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) était d'élaborer un mécanisme juridique approprié qui puisse pallier les défaillances des opérateurs économiques et attirer les investisseurs. Rétablir un climat de confiance entre les partenaires nationaux et internationaux était l'objectif ultime qui a présidé à l'élaboration du droit uniforme communautaire. Ce dernier était donc guidé par la nécessité de mettre en place des règles qui permettent de sauver l'entreprise, d'une part, et par le maintien d'une relation de confiance avec les créanciers de l'entreprise en leur garantissant l'exécution effective des contrats qu'ils ont passés avec cette dernière, d'autre part.

Comment concilier ces deux exigences ? L'analyse du sort des contrats dans le cadre du droit OHADA des procédures collectives pose la question relative à l'impact de ce droit à vocation économique sur les contrats dont le fondement consensuel devrait impliquer une certaine transcendance. Le droit OHADA des procédures collectives, à travers sa philosophie de base, imprime une nouvelle vision du sort des contrats qui ne sont pas perçus comme de simples instruments aux services du redressement de l'entreprise³. En effet, malgré l'apparente dégénérescence qu'il laisse paraître (I), le contrat trouve très souvent, en l'ouverture d'une procédure collective, une source insoupçonnée de régénérescence bien perceptible (II).

I- L'apparence d'un lien dégénéré

L'approche conciliante du droit OHADA dans le traitement des difficultés des entreprises a consacré une solution volontairement originale. Le législateur OHADA n'a pas voulu se résoudre à une approche essentiellement économique du droit des entreprises en difficulté. L'intitulé de l'Acte uniforme

consacré aux procédures collectives est, d'ailleurs, assez évocateur, car il met en avant l'apurement du passif reléguant ainsi le redressement de l'entreprise au second plan. Cette considération ouvre la voie vers une certaine prise de conscience de l'intérêt que représente le contrat.

Il ne faut pas dévaloriser le contrat au point de remettre en cause son essence. L'évolution législative française qui a inspiré le droit uniforme africain laissait transparaître une domination de plus en plus croissante de l'entreprise sur le contrat faisant de ce dernier un simple instrument au service du redressement. Le danger d'une telle approche assez «extrémiste» réside dans le risque de mener au final une politique dissuasive à l'endroit des créanciers de l'entreprise et surtout des futurs créanciers qui, voyant le prévisible laminage de leurs droits, éviteraient de s'engager dans un lien avec l'entreprise.

Pour conclure un contrat, il faut d'abord séduire. La séduction est donc tout le jeu auquel se livre le droit OHADA pour attirer les investisseurs et les persuader de conclure avec l'entreprise lorsqu'elle est en difficulté. Toutefois, cette politique attractive ne saurait exclure absolument toute restriction. Le contrat est, en effet, un accord qui pour perdurer implique des sacrifices. C'est là qu'interviennent les mesures visant à restreindre les prérogatives des contractants de l'entreprise.

L'exercice de conciliation est périlleux et l'intervention du législateur dans la sphère contractuelle est menée à travers une subdivision préalable des différentes catégories contractuelles.

L'intérêt est, d'abord, porté sur les contrats en cours à l'ouverture de la procédure collective et ensuite sur ceux qui sont conclus après la mise en œuvre de la procédure. Les premiers font l'objet d'une mesure assez radicale car en fonction de leur nature, ils peuvent être résiliés ou poursuivis. Ainsi, les contrats intuitu personae prennent fin de façon automatique par l'ouverture de la procédure collective⁴. Cette disposition, bien que critiquée⁵, permet en revanche de respecter la nature de ce type de contrat dont la considération de la personne a été déterminante pour sa conclusion. Toutefois, elle ne semble pas véritablement justifiée car, dans le monde des affaires, l'intuitu personae n'est pas vraiment l'enjeu et l'interprétation subjective ou objective de cette donnée risquerait de provoquer de sérieuses discordances jurisprudentielles. Peut-être faudrait-il songer à généraliser la conception objective pour éviter de se livrer

à des analyses psychologiques, car l'option française actuelle⁶ en faveur de l'assimilation des contrats intuitu personae aux autres contrats ne cesse d'admettre des exceptions⁷. Quant aux autres contrats, ils sont soumis à la volonté du syndic qui jugera de leur continuation ou pas en fonction de l'utilité qu'ils représentent. Lorsqu'ils sont poursuivis, ils peuvent aussi faire l'objet de mutation nécessaire au redressement de l'entreprise.

Les seconds, conclus après l'ouverture de la procédure collective, sont de leur côté, conditionnés par un contrôle, à deux dimensions, qui accrédite deux principaux organes de la procédure : le syndic et le juge-commissaire.

Chaque organe intervient dans son cadre de compétence. Assistant ou suppléant le débiteur, le syndic devient un acteur incontournable dans la poursuite de la relation contractuelle et s'ingère ainsi dans le processus, dans la limite de ses attributions. Le juge-commissaire aussi, garant du bon déroulement de la procédure et des intérêts en présence, est appelé à prendre des décisions de grande importance et notamment lorsqu'il s'agit de conclure de nouveaux contrats. Il importe, en effet, de s'assurer de la possibilité d'exécuter ces derniers dans des conditions optimales et cela sous le regard attentif des créanciers, dont le rôle n'est pas négligé, quoique relatif⁸.

Il ressort de ce premier volet de la réflexion que la dégénérescence du contrat n'est en fait qu'une apparence car, bien au-delà de cette approche, c'est une véritable revitalisation du lien contractuel qui se perçoit.

II- La réalité d'un lien régénéré

L'entreprise vit grâce au soutien de son tissu contractuel. Le contrat représente un élément fondamental dans l'évolution de l'entreprise. Si cette vérité est une évidence dans une situation normale de l'activité commerciale, elle l'est davantage sous l'effet de la procédure collective⁹. Le droit OHADA n'ébranle pas l'essence contractuelle et l'ouverture d'une procédure collective ne doit pas légitimer des atteintes non justifiées, portées au contrat. Le droit des procédures collectives établit, à cet effet, un système qui fait rejaillir toute la force du contrat.

La première mesure du législateur vise la préservation des contrats lorsque l'intuitu personae n'a pas été le facteur déterminant du lien. Ainsi, parce qu'aucune considération personnelle ne justifie une rupture du lien, le contrat doit être préservé de façon impérative : le principe de la préservation contractuelle, qui a pour corollaire celui de la continuation, est posé. Tous les contrats sont donc munis d'un bouclier protecteur que seul le syndic, dans

des conditions bien réglementées, peut fragiliser dans le cadre de son droit d'option¹⁰. L'ouverture d'une procédure collective ne saurait être un motif valable pour mettre fin à un contrat en cours, car sinon ce dernier risquerait d'être voué à des abus fréquents. Les juges, lorsqu'ils sont saisis, sont donc tenus de vérifier que les motifs ne tiennent pas essentiellement à l'ouverture de la procédure. Une garantie judiciaire est donc nécessaire et, par ailleurs, clairement formulée.

En outre, le droit communautaire dote le cocontractant d'un pouvoir de faire pression sur le syndic en accélérant son option car, faut-il le rappeler, le droit d'option du syndic n'est pas confiné dans un délai, ce qui peut entraîner une prolongation infinie du temps de réflexion du syndic. La possibilité de mise en demeure par le cocontractant impatient semble à cet égard une bonne marque de l'équilibre recherché. La protection contractuelle est donc généralisée. Elle est même spécifiée pour certains contrats dont la particularité suscite un intérêt singulier. Les contrats de crédit-bail et les contrats de vente avec réserve de propriété font également l'objet de dispositions assez bienveillantes, quoique perfectibles.

Une seconde mesure est utilisée à travers une approche rénovée. C'est la technique de la cession contractuelle qui n'est encore envisagée que sous la forme consensuelle¹¹. Toutefois, une cession judiciaire peut être utilement mise en place, car elle n'est pas aussi contraignante qu'on pourrait a priori le croire. S'il a été dit que, par la cession judiciaire, le contrat s'autonomise pour retomber sous la domination entrepreneuriale, il est surtout vrai que le contrat est, dans le cadre de la procédure collective, cédé pour être préservé, car le débiteur défaillant ne peut plus lui assurer une exécution parfaite et risque d'hypothéquer son avenir. L'opération devient donc salutaire pour le contrat qui transcende ainsi les difficultés de l'entreprise et se régénère par de nouveaux liens, même si sa relativité est quelque peu effritée. C'est en définitive une nouvelle perception de la politique entrepreneuriale qui est envisagée, essentiellement basée sur la recherche constante d'une conciliation des intérêts. L'instrumentalisation économique du contrat apparaît désormais comme une option tombée en désuétude face à la résurgence d'une dynamique nouvelle imposant la force du lien contractuel.

Les réformes actuelles engagées par l'OHADA maintiendront-elles cette philosophie qui a inspiré la conception originelle des actes ? Il est certain que l'équilibre recherché est louable et une instrumentalisation économique à la française n'est pas une panacée. ■

6 - En droit français, le maintien des contrats en cours est un principe très fort. La Cour de cassation va très loin dans cette affirmation, souligne à juste titre un auteur, en précisant que : « L'administrateur d'un redressement judiciaire a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours lors du prononcé de ce redressement judiciaire sans qu'il puisse être fait de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne. » T. MONTERAN, *L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats* : Gaz.Pal, n° 273, 2003, p. 2.

7 - Ainsi en est-il pour la caution. V. F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 6e éd. LGDJ, 2009, n° 457-1.

8 - A.S. ALGADI, *Le pouvoir de contrôle des créanciers sur les contrats postérieurs à l'ouverture d'une procédure collective en droit OHADA : effectivité ou facticité ?*, Penant, n° 867, 2009, p.215-225.

9 - Cf. à ce propos : M. SENECHAL, *L'Effet réel des procédures collectives*, Thèse université de Toulouse 1, 2001, PUAM 2002.

10 - Il faut relever que l'ouverture d'une procédure collective qui habilite le syndic à exercer l'option ne justifie pas de façon exclusive la résiliation d'un contrat. L'option en faveur de la rupture contractuelle est liée à des considérations économiques justifiables.

11 - Seule la cession judiciaire du contrat de travail est prévue. Il est fait un renvoi aux dispositions nationales en matière de licenciement pour motif économique. V. A.S. ALGADI, *Cession judiciaire et principes contractuels* : RIDC 2008, p.45-60.