

## **REFLEXIONS SUR LA NOTION D'ENTREPRISE EN DIFFICULTE DANS L'ACTE UNIFORME PORTANT ORGANISATION DES PROCEDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF OHADA\*.**

**Par NGUIHE KANTE Pascal,**  
*Docteur en Droit Privé.*  
*Enseignant-chercheur à l'Université de Dschang.*

La détermination de la notion d'entreprise en difficulté, nécessaire pour connaître le domaine d'application des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, s'avère difficile en raison de la diversité des modes d'analyse des défaillances, des stades différents de gravité de la situation, de la rareté des critères permettant de les déceler et de l'hétérogénéité de leurs causes.

L'approche de la défaillance d'une entreprise peut être opérée en examinant ses aspects économiques<sup>1</sup> ou l'aspect financier<sup>2</sup> ou en recourant aux procédures collectives après une analyse à posteriori<sup>3</sup> des conséquences, essentiellement financières, de ses difficultés. Si les professionnels mettent davantage l'accent sur telle ou telle de ces approches pour canaliser l'entreprise en difficulté, le juriste quant à lui a plutôt tendance à l'observer au travers de la notion de cessation de paiements. Mais à dire vrai, aucune de ces manières d'examiner l'entreprise n'est à même de fournir à elle seule un apport décisif à l'élaboration d'une notion de l'entreprise en difficulté, en raison de leur caractère fragmentaire et des objectifs parfois différents qu'elles poursuivent.

---

\* *OHADA* signifie *Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* ; cette structure regroupe actuellement 16 pays membres.

<sup>1</sup> Ces aspects concernent essentiellement la rentabilité et l'efficacité de l'unité de production.

<sup>2</sup> Cette situation concerne les problèmes de trésorerie, l'importance des fonds propres de l'entreprise et les besoins de crédits.

<sup>3</sup> Cf. PAILLUSSEAU (J.), Qu'est-ce qu'une entreprise en difficulté, *Revue de Jurisprudence Commerciale* 1976, n° spécial ; DJOUDI (J.), Le traitement des établissements de crédit en difficulté, *La Semaine Juridique [JCP]*, Ed. G, n° 22, P.P. 215 et S.

Il s'agit en outre d'une notion éminemment évolutive : on ne peut figer une situation par nature changeante et fluctuante comme l'est celle d'une entreprise. A la limite, une entreprise d'apparence prospère se trouve toujours sous la menace de sérieuses difficultés<sup>4</sup>.

La notion d'entreprise en difficulté est ainsi dynamique et complexe, rebelle à une détermination simple de ses éléments constitutifs. Cela se vérifie lorsque l'on tente d'établir des critères permettant de déceler la défaillance<sup>5</sup>. Evidemment, la multiplicité des critères est à la fois le résultat de la variété des situations qui peuvent se présenter, et du rôle que l'on veut leur assigner ; prévoir une situation dangereuse à terme nécessite une précision d'analyse plus complexe que le simple constat d'un état avéré de cessation de paiements<sup>6</sup>.

A ces différents facteurs d'imprécision de la notion d'entreprise en difficulté, s'ajoute l'hétérogénéité des causes des défaillances d'origine interne ou externe à l'entreprise<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Il suffit, par exemple, qu'un nouveau brevet soit déposé et exploité pour que sa production soit à terme moins compétitive, ou que le principal dirigeant, possesseur de la majeure partie du capital, soit victime d'un accident, ou encore que survienne une crise économique ou une mésintelligence entre les associés.

<sup>5</sup> La détérioration d'une exploitation se produit généralement en trois temps : dans un premier stade, malgré des résultats florissants, un esprit averti peut déjà percevoir certains signes d'accumulation probable de difficultés ou certains éléments de fragilité ; la deuxième phase voit ces difficultés potentielles se concrétiser dans la réalité économique et financière de l'entreprise ; et si aucune mesure n'est prise efficacement, la troisième sera constituée par le dénouement au travers d'une procédure de concours ou de décisions nécessaires d'une liquidation partielle ou totale ou d'une absorption.

<sup>6</sup> Si l'on s'accorde généralement pour reconnaître qu'il est possible de prévoir deux ou trois ans à l'avance le caractère insurmontable de certaines difficultés, il est moins aisé d'établir des critères offrant une fiabilité suffisante et ayant un caractère de généralité tels qu'ils puissent être utilisés pour l'ensemble des entreprises. La définition objective du moment à partir duquel une entreprise se trouve en péril s'avère impossible ; la pratique tout comme le droit positif mettent l'accent sur les conséquences des difficultés telles qu'elles se traduisent dans les bilans, que ce soit pour fixer une condition d'ouverture d'une procédure collective de liquidation des biens ou pour utiliser d'autres techniques de redressement de l'entreprise. Les critères retenus, juridiques pour les premières, ou économiques pour les secondes, ont tendance à ne prendre en considération que l'aspect strictement financier et comptable. Or, malgré d'incontestables progrès dans ce domaine, il est admis que les comptes publiés par les sociétés commerciales africaines jouent moins que dans d'autres pays européens et américains le rôle d'outil de diagnostic pour leurs associés comme pour leurs partenaires, principalement pour des raisons tenant au poids des contraintes fiscales. Il en résulte un scepticisme largement répandu à l'égard du caractère significatif des données fournies par les documents comptables des sociétés, et de nombreux risques dans la recherche, à l'aide par exemple de la technique de ratios, des moyens de prévision des difficultés.

<sup>7</sup> POUGOUE (P.G.) et KALIEU (Y.), L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, P.U.A, 1999, P.P. 19 et 20. Les facteurs internes tiennent ou bien aux dirigeants ou bien à la production, ou bien encore à l'état financier de l'entreprise. Il s'ajoute souvent des causes de difficultés tenant aux structures de l'entreprise, la forme juridique choisie se révélant inadaptée, ou à des conflits internes entre les principaux associés, rendant la nomination d'un administrateur provisoire nécessaire, ou encore à un excès de dimension provoquant une opération de scission ou de liquidation de certaines unités de production. Dans tous les cas, les causes des difficultés internes à l'entreprises sont innombrables, se cumulent et peuvent s'ajouter à des facteurs d'origine externe. Par contre, les facteurs de difficultés extérieures à l'entreprise n'ont bien souvent qu'un effet

Les signes visibles de ces difficultés sont extrêmement variés et vont depuis l'apparition de certains déséquilibres ou difficultés jusqu'aux reports d'échéances, un règlement tardif des impôts, taxes et cotisations sociales, l'inscription de privilèges, de protêts, un recours permanent au découvert bancaire ou encore des cessions d'actifs, une paralysie des organes de gestion etc... Chacune des causes spécifiques entraîne son lot de conséquences, et l'accumulation des facteurs d'aggravation financière et sociale désespérée.

Il apparaît ainsi difficile de donner une définition de l'entreprise en difficulté, concept économique<sup>8</sup> plus que juridique. Le législateur OHADA s'est d'ailleurs abstenu de régler clairement la question, ses actuels progrès se limitant tout simplement à la définition de la notion de cessation des paiements<sup>9</sup> et à l'énoncé de certaines indications relatives à la survenance d'une situation très préoccupante<sup>10</sup>.

Dès lors, le nouveau droit de procédures collectives d'apurement du passif OHADA retient une définition restrictive de l'entreprise en difficulté dans le cadre de ses conditions d'ouverture et incluant à la fois l'état de cessation des paiements ainsi que la situation difficile mais non irrémédiablement compromise<sup>11</sup>. Malgré ce renouvellement de la notion juridique d'entreprise en difficulté qui transparait ainsi dans cette définition (I), la réforme législative ne suffit cependant pas à donner une définition précise de la situation.

On peut alors se demander s'il n'aurait pas fallu adopter une définition hétérogène, multiforme et éminemment variable qui permettrait d'appréhender

---

révélateur ou aggravant et on constate leur faible incidence -sauf exception- sur les défaillances des entreprises. Ils correspondent aux variations de la politique du crédit, aux événements aléatoires affectant l'économie -crises sectorielles, régionale ou nationale- ou à la défaillance d'un débiteur important ou de plusieurs d'entre eux.

<sup>8</sup> Cf. CHAPUT (Y.), L'inégalité des débiteurs face aux procédures collectives, études offertes à E. de LAGRANGE, LGDJ, 1978, P. 117, spéc, P. 125.

<sup>9</sup> Contrairement aux articles 437 du Code de Commerce de 1807 et 1<sup>er</sup> de la loi de 1889 qui renvoyaient à la notion de cessation des paiements sans la définir, l'Acte Uniforme, tout en conservant cette notion, a procédé également à sa définition. L'article 25 dispose ainsi : 'le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exige avec son actif disponible est en état de cessation des paiements'

<sup>10</sup> Cf. article 2 alinéas 2 et 4 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA. A dire vrai, la notion d'entreprise en difficulté va au delà du simple état de cessation de paiements et recouvre également toutes les situations caractéristiques de l'état de pré-cessation de paiements que sont l'insolvabilité, le surendettement, la simple situation difficile...

<sup>11</sup> Cf. article 2 alinéas 2 et 4 de l'Acte Uniforme précité.

toutes ces différentes situations ? A notre sens, cette solution semble plus réaliste (II).

## **I. UNE NOTION RENOUVELEE.**

L'ancien droit des procédures collectives ne saisissait l'entreprise en difficulté que lors du constat de cessation des paiements<sup>12</sup>. Un critère nouveau a été introduit par l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif pour l'application de laquelle l'entreprise doit être en état de pré-cessation des paiements, c'est à dire dans une situation financière difficile mais non irrémédiable. L'introduction de ce nouveau critère traduit sans conteste un renouvellement de la notion juridique d'entreprise en difficulté et une intervention judiciaire bien en amont d'une situation sans issue<sup>13</sup>.

Mais, aussi bien en droit OHADA des procédures collectives qu'en droit comparé<sup>14</sup>, le concept juridique d'entreprise en difficulté est compris d'une manière étroite, restrictive, comme l'impossibilité de faire face aux échéances en raison d'une situation financière obérée gravement et de façon irrévocable, ou presque. A la fois en raison des objectifs poursuivis par ces notions qui constituent des conditions d'ouverture d'une procédure de concours, et d'une définition restrictive des difficultés, ces concepts ne peuvent suffire à caractériser la notion d'entreprise en difficulté et n'en constituent même que l'un des pôles extrêmes<sup>15</sup>. Il est cependant utile de les préciser et de contacter l'évolution récente dont ils sont l'objet.

---

<sup>12</sup> Cf. les articles 437 du Code de Commerce de 1807 et 1<sup>er</sup> de la loi de 1889 portant sur la liquidation judiciaire ; Cf. également NYAMA (J.M.), *Stratégie et perspectives du droit de la faillite au Cameroun*, Thèse Doctorat en droit, Paris I, 1980 ; BIBOUM (L.), *La faillite et la liquidation judiciaire*, Mémoire de Maîtrise en droit, Université de Yaoundé, 1990.

<sup>13</sup> Mais l'application de cette condition risque de ne pas être respectée, en pratique par les tribunaux à cause des pressions d'impératifs économiques et sociaux faisant primer le remboursement de certaines entreprises. Dans tous les cas, l'irrespect, en fait, de cette condition ne prive pas ce nouveau concept de son intérêt théorique pour essayer de définir la notion d'entreprise en difficulté.

<sup>14</sup> Cf. TREILLARD(J.), *Les conditions d'ouverture des procédures collectives*, in *Les procédures collectives de liquidation ou de renflouement des entreprises en droit comparé*, sous la direction de René RODIERE, éd. Economica, 1976, PP. 37 et S.

<sup>15</sup> Cf. POUGOUE (P.G.), *Compte-rendu de colloque du XXI<sup>e</sup> congrès de l'I.D.E.F. sur le thème "Du droit des entreprises en difficulté"*, Libreville (Gabon) 6/13 Mai 1990, Rev. Jur. Afr., 1990/2., P. 179.

En réalité, le droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif connaît deux sortes de définition de la notion d'entreprise en difficulté pour l'application de ce régime juridique : l'état de cessation des paiements pour les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens(A) et la situation difficile mais non irrémédiablement compromise pour la procédure de règlement préventif(B).

## **A- UNE NOUVELLE CONCEPTION DE LA CESSATION DES PAIEMENTS.**

L'importance de la notion de cessation des paiements réside en ce qu'elle a constitué pendant longtemps le seul facteur déclenchant des procédures collectives. Le législateur africain des procédures collectives d'apurement du passif OHADA du 1<sup>er</sup> Janvier 1999 reprend la même solution tout en étendant son application à des situations résultant principalement des difficultés de trésorerie et d'un non respect des grands équilibres du bilan, mais excluant toute interruption des paiements<sup>16</sup>. L'article 25 dispose ainsi : « le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible est en état de cessation des paiements ».

A dire vrai, cette définition résulte d'une longue évolution jurisprudentielle<sup>17</sup>. En adoptant cette définition du fait juridique que constitue la cessation de paiements, le législateur africain fait prévaloir une conception économique et financière sur celle strictement juridique admise jusqu'alors<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Cf. article 2 alinéa 2 de l'Acte Uniforme précité.

<sup>17</sup> En effet, depuis la loi du 28 Mai 1838, il était revenu aux tribunaux de définir la notion de cessation des paiements. Cette définition a évolué dans le temps. Du critère purement matériel de l'arrêt du service de caisse retenu au départ, on est finalement arrivé à un autre critère, l'insuffisance de l'actif disponible par rapport au passif exigible. Et pour quelques exemples jurisprudentiels, Cf. POUGOUE (P.G) et KALIEU (Y), Ouvr. préc., P. 20.

<sup>18</sup> Cf. Obs. LIKILLIMBA (G.A.) sous Cass. Com, 28 Août 1998, JCP-La Semaine Juridique, Entreprise et Affaires, N° 49, 3 Déc. 1998, P.P. 1926 et S. ; NYAMA (J.M.), Thèse de Doctorat précitée, P.P. 182 et S. ; NGUIHE KANTE (P.), Thèse de Doctorat précitée, P.P. 111 et S.

Cette modification de la notion de cessation des paiements favorise le prononcé d'une procédure collective bien en amont de la situation extrême retenue auparavant. Il convient d'opérer une distinction entre la gêne momentanée ou accidentelle et la véritable impossibilité de faire face au passif exigible, et de ce point de vue la tâche des dispensateurs de crédits que sont les banques ne s'en trouve pas facilitée<sup>19</sup>.

Il faut aussi savoir si l'on peut reporter la date de la cessation des paiements jusqu'à celle du dernier bilan ayant fait apparaître cette insuffisance grave d'actif disponible ? En l'admettant, les débiteurs seraient encouragés à déposer immédiatement leur bilan ou à prendre les mesures de redressement nécessaires, et les créanciers pourraient prouver cet état en consultant les bilans publiés et en assignant leur débiteur<sup>20</sup>. Le tribunal compétent pourrait aussi se saisir d'office plus fréquemment grâce aux sources d'informations prévues par le législateur OHADA<sup>21</sup> et sanctionner plus souvent les débiteurs qui n'ont pas déposé leur bilan dans le délai de trente jours suivant le constat de l'état de cessation des paiements<sup>22</sup>. Enfin, la conception unitaire de la date de la cessation des paiements, incontestée en doctrine<sup>23</sup> et en jurisprudence, interdisait d'espérer une discrimination entre la date retenue lors de l'ouverture de la procédure et son report ultérieur.

---

<sup>19</sup> Avant cette évolution, MM. CABRILLAC et RIVES LANGE (obs. Sous Paris 6 Janvier 1977, Rev. Trim. Dr. Com. 1997, P. 140), considéraient qu'une banque peut accorder un crédit à une entreprise même en état de cessation des paiements et qu'il n'y a de faute à lui reprocher que ce crédit, seul ou assorti de mesures de réorganisation, ne pouvait conduire au redressement et ne faisait que retarder le constat de la cessation des paiements. La solution se justifiait lorsque l'on exigeait le constat d'une situation financière désespérée, mais elle est moins certaine avec la nouvelle notion et en particulier dans le cas d'une participation de la banque à un plan de sauvetage de l'entreprise.

<sup>20</sup> Avec le risque d'être condamnés pour avoir abusé du droit d'agir en justice.

<sup>21</sup> L'article 29 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif énumère quelques sources d'informations qui peuvent permettre au tribunal de se saisir : informations par les commissaires aux comptes, les associés, les représentants du personnel. Mais l'emploi de l'adjectif "notamment" signifie que l'énumération est loin d'être limitative et que le tribunal peut toujours décider d'ouvrir une procédure s'il dispose d'informations suffisantes.

<sup>22</sup> Cf. article 25 alinéa 2 de l'Acte Uniforme précité. Quant aux difficultés liées à la détermination de la date du dépôt des bilans, Cf. POCANAM, Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo, Penant, N° 812, 1993, P.P. 189 et S. Dans la pratique, beaucoup de commerçants en état de cessation des paiements repoussent le plus longtemps possible le moment du dépôt du bilan ou se refusent à le faire. Plus qu'une formalité, il s'agit de l'aveu de leur situation.

<sup>23</sup> Cf. POUGOUE (P.G.) et KALIEU (Y.), Ouvr. Préc., P. 27.

Cette énumération de quelques unes des conséquences de l'adoption de cette nouvelle conception de la cessation des paiements atteste de l'importance de cette évolution. Si elle soulève quelques difficultés, elle n'en présente pas moins de nombreux avantages.

En effet, on a souvent relevé que le sauvetage d'une entreprise en difficulté n'est possible que si l'intervention judiciaire est précoce, au moins lorsque le renflouement est tenté par ce moyen<sup>24</sup>. Tout élargissement de la notion de cessation des paiements ne peut être que positif de ce point de vue. C'est aussi accorder la prééminence à un critère économique, voire comptable, qui permet de prévenir la survenance d'une situation financière totalement désespérée et de rendre aux nouvelles procédures collectives OHADA une certaine efficacité, en favorisant à l'avance la recherche du redressement de l'entreprise. Cette évolution rejoint ainsi les préoccupations les plus récentes de la doctrine dans le domaine de la prévention des difficultés des entreprises<sup>25</sup>.

Il convient cependant de noter que cette évolution récente ne constitue pas un bouleversement total de la notion traditionnelle de l'état de cessation des paiements. En effet, on peut estimer que ce nouveau critère comprend l'état d'impossibilité constatée de faire face au passif exigible avec l'actif disponible. Il sera utile pour les dirigeants d'avoir recours aux divers indices et ratios permettant de suivre l'évolution de leur gestion<sup>26</sup>, et la jurisprudence continuera à relever à titre d'indices significatifs de l'état de cessation des paiements le non-paiement d'une dette certaine, liquide et exigible, ou les moyens ruineux ou frauduleux de se procurer des fonds<sup>27</sup>. Ainsi seulement sera vraiment caractérisé cet état d'impossibilité réelle de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, dont le constat rend nécessaire l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens.

<sup>24</sup> Cf. NGUIHE KANTE (P.), Thèse Doctorat précitée, PP 11 et s. ; HAEHL (J.P.), Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté, éd. Librairies techniques, Paris, 1980 P. 44, N° 40.

<sup>25</sup> Cf. POUGOUE (P.G.), Compte-rendu de colloque précité, P. 180.

<sup>26</sup> Ibidem, P. 179.

Il n'en reste pas moins vrai que cette nouvelle notion de la cessation des paiements se situe en amont de la situation financière désespérée admise antérieurement<sup>28</sup> et qu'elle permettra peut-être d'assurer une plus grande efficacité aux procédures collectives d'apurement du passif OHADA.

La notion de cessation des paiements n'en demeure pas moins très restrictive et conduit à réserver l'application des procédures collectives de redressement judiciaire et de liquidation des biens aux seules entreprises dont la situation financière est largement obérée, pour ne pas dire proche d'être sans issue.

En faveur de certaines entreprises présentant des difficultés facilement traitables, l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA a institué la procédure nouvelle de règlement préventif qui retient une situation financière seulement compromise, excluant l'état de cessation des paiements. Cette nouvelle notion peut apporter des éléments dans l'essai de définition de la notion d'entreprise en difficulté.

## **B- L'EMERGENCE DE LA NOTION DE SITUATION DIFFICILE NON IRREMEDIALEMENT COMPROMISE.**

La procédure de règlement préventif, mise en place par l'Acte Uniforme sur les Procédures Collectives d'apurement du passif, ne peut s'appliquer en premier lieu, qu'aux entreprises où la situation financière et économique n'est pas irrémédiablement compromise : l'un des soucis du législateur africain a été d'inciter à une prévision anticipée autant que possible de la mesure de cessation des paiements. Cette notion de pré-cessation des paiements, tout à fait nouvelle,

---

<sup>27</sup> Pour un examen des éléments constitutifs de la cessation des paiements, Cf. POUGOUE (P.G.) et KALIEU (Y.), Ouvr. Préc., PP. 20 et S..

<sup>28</sup> Parmi les très nombreuses critiques qui étaient adressées à l'ancienne notion de cessation des paiements, Cf. CHEVRIER (A.), De la défaillance financière à une procédure collective rénovée, Rev. Trim. Dr. Com. 1976, P. 643. Ce praticien proposait (P. 654) de substituer les termes de « gravement compromise » à ceux d'« irrémédiablement compromise » pour caractériser la situation financière d'une entreprise en état de cessation des paiements. Bien que la formulation actuelle soit différente, le critère nouveau correspond à cette idée.

n'est pas aisée à distinguer de la situation dans laquelle on l'oppose<sup>29</sup>, si ce n'est par une différence de degré dans la gravité, le plus souvent tenue.

Pour satisfaire aux conditions de l'Acte Uniforme et plus encore ses objectifs, le sauvetage d'une telle entreprise ne peut s'effectuer qu'à la condition qu'elle ne soit pas dans une situation financière sans issue. Le rôle préventif de cette procédure ne peut être atteint si l'entreprise se trouve déjà dans la phase ultime de ses difficultés, et, à l'évidence, sa fonction curative disparaît de ce fait même. Par voie de conséquence, la juridiction compétente doit appliquer les procédures de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à tous les stades du règlement préventif<sup>30</sup>. Diverses mesures telles que la suspension des poursuites des créanciers pendant le délai maximum de trois ans<sup>31</sup>, l'établissement des mesures et conditions envisagées pour le redressement, supposent que l'état financier et économique de l'entreprise ne soit pas tel qu'il interdise d'avance toute perspective de sauvetage.

La juridiction compétente, pour son information, dispose des documents déposés par le débiteur lors de sa requête<sup>32</sup>, d'un état de la situation économique et financière et des perspectives de redressement envisagées<sup>33</sup>. Elle peut obtenir diverses informations nonobstant le secret professionnel<sup>34</sup> et après un rapport de l'expert commis<sup>35</sup>, on procède à l'audition du débiteur<sup>36</sup>. Le souci constant de rapidité a conduit le législateur africain à décider que la juridiction compétente doit statuer, dans le mois de sa saisine<sup>37</sup> ; il doit à la fois procéder à une analyse

---

<sup>29</sup> Cf. Note de présentation de l'Acte Uniforme sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif OHADA, inédite ; CHAPUT (Y.), 'L'inégalité des débiteurs face aux procédures collectives', Etudes offertes à E. de LAGRANGE, L.G.D.J., 1978, P. 125.

<sup>30</sup> Cf. article 15 alinéa 1 de l'Acte Uniforme sur les Procédures Collectives précité.

<sup>31</sup> Aux termes de l'article 15 alinéa 1 ibidem, les délais consentis ne peuvent excéder trois ans pour l'ensemble des créanciers, et un an pour les créanciers de salaires.

<sup>32</sup> Cf. article 6 Ib.

<sup>33</sup> Cf. article 7 Ib.

<sup>34</sup> Cf. article 12 Ib.

<sup>35</sup> Cf. articles 8, 12 et 13 Ib.

<sup>36</sup> Cf. article 14 Ib.

<sup>37</sup> Cf. article 15 alinéa 4 Ib.

du passé et du présent de l'entreprise, et à une prévision des chances de son redressement<sup>38</sup>.

La situation financière difficile non irrémédiablement compromise est une notion juridico-économique, qui correspond au constat de la non cessation des paiements et à celui du maintien des chances de redressement. Elle est la conséquence en général, de mauvais résultats d'exploitation se traduisant par un "endettement lourd, des fonds propres très faibles, un fonds de roulement détérioré, une politique d'investissement mal contrôlée, le financement d'immobilisations par des fonds à court terme<sup>39</sup>...". A la différence de la cessation des paiements, il n'existe pas encore de manifestations dangereuses telles que l'arrêt matériel des paiements, des protêts, et le crédit est encore conservé par l'entreprise auprès de ses banques et de ses fournisseurs. Cette situation de fait, encore plus insaisissable que la cessation des paiements, n'est définie que négativement par rapport à elle ; l'entreprise se trouve ainsi menacée à court terme du point de vue financier.

Telle est la conception de la situation financière difficile qui correspond aux vœux du législateur africain des procédures collectives. Il s'agit là d'une exigence essentielle, qui constitue la clef de voûte de la procédure de règlement préventif : il ne saurait y avoir un essai de redressement sérieux, si la situation de l'entreprise est à ce point dégradée qu'elle ne peut raisonnablement envisager son sauvetage en obtenant un délai relativement bref<sup>40</sup>.

L'application normale de cette condition permet d'éviter les dangers et les inconvénients d'une procédure de règlement préventif accordée à des fins dilatoires et qui ne fait que rendre inéluctable la liquidation des biens.

Cependant, cette condition imposée par l'article 2 alinéa 1 de l'Acte Uniforme sur les Procédures Collectives apparaît bien difficile à définir d'un point de vue théorique et fort délicate à mettre en œuvre. Et on a pu dire que la

---

<sup>38</sup> Cf. article 15 alinéa 2 Ib.

<sup>39</sup> Cf. DU PONTAVICE (E.), Le commissaire aux comptes et les procédures collectives de paiement, Revue de Jurisprudence Commerciale, 1976, P. 147 et S.

situation financière difficile est une cessation des paiements virtuelle et qu'en d'autres circonstances, cet état eût été reconnu<sup>41</sup>. Aussi, la confusion en fait, entre la situation financière difficile et la cessation des paiements ne permet guère de considérer cet essai d'une intervention judiciaire, plus précoce, comme concluant et de nature à faire évoluer le concept juridique d'entreprise en difficulté dans un sens moins restrictif. Il est à espérer que les nouvelles techniques permettant un diagnostic plus précis, rapide et exact de la situation de l'entreprise, ainsi que la possibilité d'une saisine plus précoce des tribunaux faciliteront davantage les choses<sup>42</sup>.

A la réflexion, il appert que le droit positif, en raison d'une éthique libérale, ne prend en compte l'état de difficulté d'une entreprise qu'à un stade ultime. Inévitablement, on peut d'ores et déjà s'interroger sur l'efficacité d'une tentative telle que celle réalisée par le législateur africain des procédures collectives d'apurement du passif OHADA qui admet une intervention judiciaire plus précoce. La notion d'entreprise en difficulté ne saurait pour autant réduite à un concept aussi restrictif, non seulement parce que de nombreuses techniques de sauvetage interviennent avant le constat d'une dégradation aussi importante de la situation financière et économique<sup>43</sup>, mais aussi parce que cela revient à refuser aux procédures collectives toute autre mission que celle de liquider au mieux les rares actifs de l'entreprise.

Il est apparu indispensable d'acquérir une meilleure connaissance des difficultés lors de leur apparition et ainsi de posséder des instruments d'une gestion plus sûre et de prévention réelle du risque de défaillance. Ces méthodes, issues de la pratique, correspondent à une définition variée et hétérogène de la notion d'entreprise en difficulté.

---

<sup>40</sup> Cf. article 15 alinéa 2 de l'Acte Uniforme sur les Procédures Collectives précité

<sup>41</sup>; Cf. HAEHL (J.P.) Ouvr. Préc., P. 42; CHAPUT (Y.) ; La faillite, P.U.F., 1981, P. 21.

<sup>42</sup> Cf. les articles 150 à 160 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E. OHADA.

<sup>43</sup> Cf. NGUIHE KANTE (P.) Thèse de Doctorat précitée, P.P. 3 9 et S.

---

## **II- UNE NOTION HETEROGENE.**

La notion d'entreprise en difficulté retenue par le législateur africain des procédures collectives d'apurement du passif OHADA ne permet pas d'appréhender toutes les situations préoccupantes. Que l'on retienne une notion révélant l'état de cessation des paiements ou au contraire celle de situation difficile mais non irrémédiablement compromise telle que légalement consacrée<sup>44</sup>, ne permet pas de résoudre la question. Cela tient au fait que les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif OHADA permettent non seulement de liquider les actifs de l'entreprise, mais aussi dans la mesure du possible, assurent la prévention, la restructuration et le sauvetage de l'unité économique menacée. Dès lors, il est tout à fait compréhensible que cette notion d'entreprise en difficulté ne puisse être réduite à un concept aussi restrictif.

A l'évidence, il apparaît indispensable d'admettre qu'il n'existe pas de concept unique de l'entreprise en difficulté et que la meilleure façon de rendre compte de la réalité consiste à recourir parfois à la pratique en adoptant une définition extensive de la notion d'entreprise en difficulté(A) et inévitablement diversifiée (B), qui permettraient d'appréhender au mieux toutes les différentes hypothèses.

### **A- L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE, NOTION EXTENSIVE.**

Depuis plusieurs années, la transformation des techniques de gestion, la généralisation d'une comptabilité plus sérieuse, la fréquence de certaines manifestations des difficultés dès avant la cessation des paiements caractérisée, ont conduit les praticiens à préciser certaines analyses, en particulier au travers de l'étude des bilans, afin de faciliter la prévision dans la gestion des entreprises

---

<sup>44</sup> Cf. article 2 alinéa 2 et 4 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA précité.

et leur contrôle. Une symbiose se réalise progressivement entre les techniques comptables et les nouveaux critères économiques et juridiques<sup>45</sup>.

L'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique, en créant une procédure d'alerte<sup>46</sup>, s'est situé dans cette perspective. Pour la première fois, le droit africain du redressement des entreprises essaie de mettre en place des techniques visant à prévenir les manifestations consécutives de la cessation des paiements en fournissant quelques éléments d'un diagnostic permanent<sup>47</sup> et en tentant, avec beaucoup de réticences, d'aider à la recherche d'une thérapeutique efficace. Ces différents indices dénotent cependant une situation déjà largement compromise. Il s'agit là, à notre sens, d'une approche à court terme qui donne de la notion d'entreprise en difficulté une vision particulièrement extensive.

Toutefois, on peut s'interroger sur l'importance des problèmes rencontrés pour informer les associés et les tiers lorsque des difficultés surviennent. S'il est certain que la réglementation issue de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales offre d'énormes moyens propres à déceler les signes annonciateurs de la crise à travers l'institution d'un droit d'intervention interne et d'un droit d'alerte<sup>48</sup>, on peut déplorer l'absence d'une liste des indices significatifs susceptibles de justifier l'intervention ou l'alerte des personnes ayant un lien de droit avec l'entreprise et intérêt à agir. Evidemment, il leur reviendra le droit de pallier au silence du législateur africain sur la question. A notre sens, de telles prérogatives constitueraient non seulement la contrepartie naturelle de l'autorité incontestée du chef d'entreprise dans les périodes de fonctionnement normal de l'entreprise, mais aussi contribuent par la même

---

<sup>45</sup> Cf. POUGOUE (P.G.), Compte rendu de colloque précité, P. 179.

<sup>46</sup> Pour le déroulement de la procédure d'alerte, Cf. les articles 150 et suivants de ce texte. Et pour plus de détails sur son fonctionnement, Cf. POUGOUE (P.G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), Ouvr. précité, P.P. 83 à 85.

<sup>47</sup> Cf. MASSON (J.), Le diagnostic d'entreprise : Le point de vue du banquier, Revue banque 1978, P.P. 1237 et S.

<sup>48</sup> Cf. les articles 150 et 160 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales précité. Il convient cependant de souligner que cette procédure d'alerte reste ainsi interne à l'entreprise sans possibilité de saisir le tribunal chargé des affaires commerciales, et elle se réduit à un simple droit d'interpellation des dirigeants.

occasion à restaurer la notion de responsabilité des administrateurs tout en les associant aux mesures de redressement en cas de difficulté.

En réalité, bien que ces indices soient considérés comme révélateurs d'une situation financière qui se dégrade fortement, ils ne sont guère suffisants lorsqu'ils sont pris isolément. Aussi, il convient d'associer plusieurs d'entre eux pour dresser un tableau exact de l'état de l'entreprise.

Bien que réalisant un progrès important dans l'approche de la notion d'entreprise en difficulté, ces signes avant-coureurs de la situation sans issue permettent seulement de formuler une ébauche de diagnostic, établi après la concrétisation de multiples difficultés dont la gravité appellerait des décisions à très court terme en raison de l'imminence de la cessation des paiements. On peut considérer que ces indices ne constituent que des manifestations déjà extrêmes des difficultés et que leur constat à posteriori ne constitue pas un facteur d'efficacité.

C'est pourquoi certains auteurs et praticiens ont préconisé de compléter cette liste par diverses techniques, telles que celle des ratios ou encore de la continuité d'exploitation<sup>49</sup>.

Incontestablement, les techniques élaborées pour établir le diagnostic de la défaillance des entreprises se caractérisent par leur variété et leur

---

<sup>49</sup> Pour plus d'amples précisions, Cf. POUGOUE (P.G.), Compte-rendu de colloque précité, P.P. 179 et S. ; GREMILLET (A.), Les ratios et leur utilisation, Les éditions d'organisation, 1977.

La technique des ratios, apparue dans les années 1920 en comptabilité, se définit comme le rapport de deux quantités homogènes tirées de deux états financiers passés. Ces ratios, de plus en plus utilisés, ne sont considérés que comme des éléments supplémentaires d'analyse des résultats financiers lorsque divers indices de difficultés se manifestent. Leur signification la plus réelle résulte de leur variation sur plusieurs périodes au sein de la même entreprise. Cette technique fait l'objet de nombreuses critiques en raison des limites des informations contenues dans les bilans, dont la qualité est affectée par des considérations fiscales, comptables et économiques et qui de ce fait n'offrent pas toujours la fiabilité indispensable. On a émis l'idée de procéder à un retardement des comptes pour rendre l'utilisation de ces ratios plus significative.

Le concept de continuité d'exploitation, appelé « going concern » par ses auteurs américains, est une méthode globale qui consiste à se demander si l'entreprise est destinée à poursuivre son exploitation dans le futur prévisible. Si la réponse est positive, il n'existe aucune nécessité ni intention de la liquider et l'on en tient compte pour évaluer par exemple les stocks et les actifs immobiliers. Mais pour en être assuré, il est procédé à de très nombreuses investigations à l'aide d'indices portant sur l'ensemble des éléments de l'entreprise. L'imprécision et le caractère subjectif d'une telle méthode empêchent de la considérer comme parfaitement fiable et de nature à permettre de qualifier précisément la notion d'entreprises en difficulté. Elle reste cependant, malgré ses inconvénients, la seule technique qui cherche à embrasser tous les aspects des difficultés potentielles en ne se limitant pas aux seuls éléments financiers. Dans le même temps elle retient une conception assez extensive de l'entreprise en difficulté qui comprend non seulement les hypothèses de réalisation de certaines difficultés mais surtout les virtualités internes ou externes de certaines d'entre-elles.

hétérogénéité. Que l'on retienne une notion restrictive telle que consacrée par l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA ou au contraire extensive, ne permet pas de résoudre la question ; cela tient au fait qu'il n'existe pas de concept unique et que la seule façon de rendre compte de la réalité consiste à envisager des notions diversifiées de l'entreprise en difficulté.

## **B- L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE, NOTION DIVERSIFIEE**

Le concept de défaillance s'avère impossible à préciser et il est sans doute illusoire de penser qu'une notion uniforme, monolithique, pourra être un jour établie pour l'ensemble des entreprises. Il est plus exact d'estimer qu'il existe plusieurs notions de l'entreprise en difficulté, susceptibles de nombreux degrés selon la gravité des causes et la capacité intrinsèque à les surmonter, et éminemment variables selon les époques, les secteurs d'activités et les entreprises<sup>50</sup>.

Les facteurs humains, tout comme certaines données économiques et sociales, sont difficiles à apprécier et toutes les approches un peu plus rationnelles de ces questions sont particulièrement aléatoires.

Un autre élément, encore plus difficilement mesurable, pour ne pas dire impalpable, revêt une grande importance : il s'agit du crédit dont dispose ou non l'entreprise. Selon le degré de confiance accordé aux dirigeants, à l'unité économique, à ses perspectives financières, à sa capacité d'innovation, à la finalité de son personnel, l'environnement commercial et financier n'aura pas les mêmes réactions et le traitement des difficultés ne se réalisera pas de la même manière. La conception actuelle du secret des affaires et la relativité du sérieux des comptes publiés accentuent l'importance des informations transmises par des voies informelles et amplifient le contenu de celles qui sont optimistes et

---

<sup>50</sup> POUGOUE (P.G.), Compte-rendu de colloque précité, P. 179.

surtout pessimistes<sup>51</sup>. Pour les praticiens, la date de la défaillance coïncide avec cette crise de confiance et plus particulièrement celle qui provient des banquiers de l'entreprise. Bien qu'elle soit fondée le plus souvent sur l'évidence de difficultés déjà établies, cette défaillance restera toujours impossible à déterminer. On peut seulement estimer qu'une meilleure connaissance et diffusion de certains indices concordant de difficultés auprès des principaux dispensateurs de confiance<sup>52</sup> leur permettra d'une manière ou d'une autre de mettre en demeure les dirigeants d'apporter les modifications nécessaires au redressement de l'entreprise<sup>53</sup>.

On constate ainsi que seule une version diversifiée de l'entreprise en difficulté correspond à la réalité économique et juridique. Les critères examinés présentent l'avantage de tenter, par des approches différentes, de cerner ces notions ; ils restent, ainsi qu'on l'a noté, insuffisants ou trop subjectifs, parce qu'ils sont établis en fonction des mesures à prendre. Pour certains d'entre eux, il s'agit de conditions d'ouverture de procédures collectives ; pour d'autres, ils constituent des moyens de prévision et de gestion<sup>54</sup>. Ils n'en conservent pas moins un objectif identique qui consiste à éviter la défaillance de l'entreprise. Le sauvetage se trouve à l'évidence facilité lorsque des instruments de prévision à plus ou moins long terme sont mis en œuvre et suivis d'actions ponctuelles. Il est cependant tenu un compte insuffisant des différentes phases de la dégradation de l'exploitation de l'entreprise<sup>55</sup>.

Cette conception économique de l'entreprise en difficulté invite à s'interroger sur le critère de qualification qui pouvait finalement être retenu. Dans cette perspective, se trouverait en état de difficulté l'entreprise qui, en raison de certains déséquilibres économiques, financiers ou humains, relevés par

<sup>51</sup> Cf. HAEHL (J.P.), Ouvr. préc., P. 64.

<sup>52</sup> Les banques et les fournisseurs les plus importants.

<sup>53</sup> Cf. BRILMAN (J.), *Le redressement des entreprises en difficulté*, ed. Hommes et techniques, 1976, P.P. 76 et S.

<sup>54</sup> Cf. POUGOUE (P.G.), ANOUKAHA (F.) et NGUEBOU (J.), Ouvr. préc., PP 82 et S. ; OUMAR SAMBE et MAMADOU DIALLO, *Guide pratique des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique OHADA*, Ed. E.C.J., Dakar, 1998, P.P. 129 et S.

<sup>55</sup> Cf. NGUIHE KANTE (P.), Thèse de Doctorat précitée, P.P. 9 et S.

la conjonction de divers indices, ratios et l'examen de l'ensemble de ses éléments, ne pourrait envisager dans le futur prévisible, à court et moyen terme, de poursuivre son activité de manière normale, ou ne le pourrait qu'en procédant à des opérations de liquidation partielle, de transformation économique, d'apports de capitaux permanents extérieurs, ou de licenciement d'une partie de son personnel. Dès lors que se manifesteraient certains signes évidents de cette dégradation de l'exploitation, l'entreprise serait en état de difficulté et elle courra le risque, plus ou moins éloigné, de ne plus pouvoir être redressée<sup>56</sup>.

Ce critère de l'entreprise en difficulté peut sembler quelque peu extensif et imprécis. Il est cependant le seul qui permette une vision de l'ensemble des catégories d'entreprises en difficulté sans se limiter aux seules hypothèses de celles qui gravitent autour du concept de cessation des paiements. Le constat des éléments de cette détérioration sérieuse de l'exploitation n'implique en aucune manière une action contraignante, judiciaire ou administrative et présente l'avantage de permettre le recours précoce aux diverses techniques de sauvetage, extra-judiciaires ou judiciaires, sans qu'un concept figé et uniforme établisse la ligne de partage entre les différentes phases<sup>57</sup>. La menace sérieuse d'un phénomène de rupture dans la continuité de l'exploitation de l'entreprise fixe le point de non-retour à partir duquel elle est en péril et à l'autre extrémité on ne peut que constater une situation qui rend nécessaire sa liquidation pure et simple. Dans l'intervalle, une ou plusieurs techniques de sauvetage peuvent intervenir et leur utilisation judicieuse assurera le redressement durable de l'entreprise<sup>58</sup>.

En définitive, le législateur OHADA des procédures collectives d'apurement du passif s'est efforcé de donner à ce concept d'entreprise en

---

<sup>56</sup> Il apparaît capital d'avoir une prise de conscience immédiate des différents seuils, de l'effet cumulatif de certaines difficultés, du caractère irréversible de certaines phases et des phénomènes d'aggravation internes ou externes, et les importants travaux entrepris pour améliorer l'anticipation et mesurer avec précision le degré de la gravité de la situation sont indispensables à l'analyste. A dire vrai, aucun des moyens n'est à lui seul suffisant.

<sup>57</sup> Cf. NGUIHE KANTE (P.), Thèse doctorat précitée, P. 19.

difficulté une définition claire, mais la variété des situations continue de rendre la tâche malaisée.

Il semblait au profane qu'il existait au moins un concept simple : celui de la cessation des paiements. Mais la trésorerie d'une entreprise est par essence élastique. On comprend dès lors la position du législateur africain qui a élargi le concept d'entreprise en difficulté en l'étendant à la notion de situation financière difficile non irrémédiablement compromise. Cependant, il n'existe pas véritablement de différence de nature entre ces deux concepts, mais plutôt une différence de degré.

Toutefois, bien que ces concepts constituent un système de critères fort intéressant et justifié par l'expérience permettant de définir les entreprises en difficulté, ils ne permettent pas toujours de saisir efficacement toutes les situations. Incontestablement, la définition de l'entreprise en difficulté telle que formulée par le législateur africain des procédures collectives s'avère étreinte et limitée. Par voie de conséquence, une conception la plus large de cette notion s'accommoderait mieux aujourd'hui à la situation. Dès lors, le concept ne concernerait plus uniquement des entreprises qui ont des difficultés financières<sup>59</sup>, mais aussi celles qui, rencontrant des difficultés de tous ordres ou qui, les prévoyant, devraient prendre des mesures en conséquence, faute de quoi elles connaîtraient des difficultés financières par la suite<sup>60</sup>.

Visiblement, le législateur africain des procédures collectives d'apurement du passif a encore beaucoup de précisions à apporter en matière de définition de la notion d'entreprise en difficulté.

---

<sup>58</sup> Pour une étude de l'essentiel de ces techniques de sauvetage, Cf. Ibidem.

<sup>59</sup> Qui sont souvent la conséquence d'autres problèmes.

<sup>60</sup> Cf. BRILMAN (J.), Ouvr. préc., P. 15 ; POUGOUE(P.G.), Compte-rendu de colloque précité, P. 179.