

BRÈVE ESQUISSE DE LA PROCÉDURE DE CONCILIATION EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ ISSUE DE L'OHADA : APPROCHE DOCTRINALE ET JURISPRUDENTIELLE

Par

Yannick EBONZO MPUTU

*Diplômé d'Études Supérieures en droit et Doctorant en droit à l'Université de Kinshasa
Assistant à la Faculté de Droit de l'Université Pédagogique Nationale (U.P.N.)*

L'entreprise est au cœur du monde des affaires. Elle anime cet univers qui ne cesse de développer l'économie de l'État¹. Elle naît, vie et peut devenir un siège des diverses pathologies dont les plus graves sont susceptibles de provoquer sa disparition.

Par entreprise en difficulté, on entend celle qui présente quelques indices de défaillance et celle qui est en cessation des paiements². En effet, elle concerne aussi bien les entreprises qui sont en cessation des paiements, que celles qui connaissent les procédures de prévention³.

En cours de vie sociale, les entreprises en difficulté sont souvent contraintes à négocier avec leurs créanciers, soit sur les délais de paiements, soit sur la réduction des créances. Leurs accords « privés » « ou négociés » qualifiés de concordat amiable⁴ est souvent difficile à obtenir, l'entreprise ayant perdu sa crédibilité auprès de ses partenaires.

Le débiteur, souvent est obligé de renégocier un accord qui lui permettant de repousser les échéances de remboursement des créances, de rééchelonner ou d'obtenir de remises partielles ou totales de ses dettes. Il serait donc de bon aloi, de soumettre cette négociation au contrôle d'un tiers, neutre, impartial et indépendant nommé par le juge appelé « conciliateur ».

¹ EVECHE SOUGNABE KABE, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté en droit OHADA*, édition Universitaires Européennes, Meldrum Street, Beau Bassin, 2019, p.1.

² KOM (J.), *Droit des entreprises en difficulté OHADA : Prévention-traitement-sanction*, PUA, Yaoundé, 2013, p.11.

³ SOULEYMAN TOE, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficulté en droit de l'OHADA à la lumière du droit français », Burkina-Faso, 2012, p.23.

⁴ DERRIDA (F.), *Concordat préventif et droit français*, études Hamel, Paris, 1961, p.489.

Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise⁵.

Il ressort de l'article 5-7 de l'AUPC, que si le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier appelé à la conciliation pendant la période de recherche de l'accord, telle que définie à l'article 5-3 de l'acte uniforme sous examen, le président du tribunal peut, à la demande du débiteur, et après avis du conciliateur, reporter le paiement des sommes dues et ordonner la suspension des poursuites engagées par ce dernier.

Aux termes de l'article 2 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, le législateur de l'OHADA définit la procédure de conciliation 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 financière ou opérationnelle pour la sauvegarder. Cette restructuration s'effectue par le biais de négociations privées et de la conclusion d'un accord de conciliation négocié entre le débiteur et ses créanciers ou, au moins ses principaux créanciers, grâce à l'appui d'un tiers neutre, impartial et indépendant dit conciliateur ».

La procédure de conciliation étant une procédure essentiellement judiciaire, l'intervention du juge s'avère nécessaire, voire même incontournable. L'intervention du juge est destinée à protéger les intérêts en présence et à assurer l'efficacité et la moralité de la procédure⁶. Son intervention varie suivant le type des difficultés que sévisse l'entreprise.

Pour élucider toute cette problématique, diverses questions sont posées :

À titre principal, quelles sont les conditions d'ouverture de la procédure de conciliation et quels en sont les effets ?

À titre subsidiaire, quelques questions sont également soulevées :

- L'on peut s'interroger sur les types d'entreprises visé par la procédure de conciliation et sur les types des difficultés concernées ?
- Quelle est la juridiction compétente et quels sont les acteurs habilités à la procédure de conciliation?

⁵ Article 5-5 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, révisé le 10 septembre 2015.

⁶ FILIGA SAWADOGO (M.), *Droit des entreprises en difficulté*, Bruyant, Bruxelles, 2002, p. 3.

A. QUELLES SONT LES ENTREPRISES ÉLIGIBLES À LA CONCILIATION ?

Le législateur communautaire détermine de façon magistrale ces entreprises. En effet, il ressort de l'article 1-1 de l'AUPC que : « *La procédure de conciliation est applicable à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé* ».

L'alinéa 2 renchérit en précisant que : « *la procédure de conciliation est applicable aux personnes morales de droit privé qui exercent une activité soumise à un régime particulier lorsqu'il n'en est pas disposé autrement dans la réglementation spécifique régissant ladite activité* ».

Ainsi, pour le professeur Yves GUYON : « *l'expression personne morale de droit privé est peu claire, car les frontières entre le droit public et le droit privé sont assez fluctuantes*⁷ ». L'objectif poursuivi par le législateur communautaire est très simple, il consiste en réalité d'éviter que cette catégorie d'entreprise ne s'abrite derrière un statut public⁸ pour échapper au droit des procédures collectives d'apurement du passif, notamment à la procédure de conciliation. Aussi, ces entreprises ne peuvent pas bénéficier du principe d'insaisissabilité de leurs biens.

Au regard de ce qui précède, une question suscite notre curiosité et fait débat, c'est celle de savoir si la procédure de conciliation, qui est une procédure collective d'apurement du passif peut-elle s'appliquer à une entreprise du portefeuille de l'État qui serait en difficulté?

Avant de répondre, il faudrait retenir par entreprise du portefeuille de l'État, comme : « *Toute société dans laquelle l'État ou toute personne morale de droit public détient la totalité du capital social ou une participation* »⁹.

Il découle de ce qui suit que le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet¹⁰ et puisque les activités des entreprises du portefeuille de l'État relèvent désormais du droit privé et ne lui confèrent

⁷ GUYON (Y.), *Droit des affaires*, tome 2, Economica, Paris, 1988, p.130.

⁸ BOUMAKANI (B.), « L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires et les personnes publiques », in *Mélanges en honneur de MORAND-DEVILLER (J.)*, Montchrestien, 2007, p.216.

⁹ Article 2. b de la loi n°08/008 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'État des entreprises du portefeuille de l'état.

¹⁰ Article 6 alinéa 1 de l'acte uniforme portant sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, révisé le 30 janvier 2014.

plus le statut d'entreprise publique selon l'esprit des actes uniformes de l'OHADA¹¹, les procédures collectives d'apurement du passif en général et la conciliation en particulier doit ou devrait s'appliquer aux entreprises du portefeuille de l'État en difficulté sur base de l'article 1-1 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, des articles 1 des actes uniformes relatifs aux sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et de droit commercial général ainsi que de l'arrêt du 14 mai 2020 de la CCJA¹².

A la lumière de ce qui précède, il y a donc lieu d'affirmer sans ambages que les entreprises du portefeuille de l'État en difficulté devraient être assujetties à la procédure de conciliation.

En sus, il convient de rappeler que les entreprises ci-dessus, doivent faire l'objet d'une immatriculation préalable au registre du commerce et du crédit mobilier conformément à l'article 98 de l'AUSCGIE.

B. QUELLES SONT LES ENTREPRISES EXCLUES À LA CONCILIATION ?

Plusieurs entreprises ont été exclues du champ d'application des procédures collectives d'apurement du passif et donc, à la procédure de conciliation. Il s'agit en l'occurrence :

- Les entreprises dépourvues de la personnalité juridique à savoir :
 - La société en participation : « *Qui est celle dans laquelle, les associés conviennent qu'elle n'est pas immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier¹³. Elle n'a pas la personnalité morale et n'est pas soumise à publicité* » ;
 - La société créée de fait : « *Elle est définie comme celle dans laquelle deux ou plusieurs personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par l'acte uniforme* »¹⁴ ;
 - La société de fait : « *Elle celle dans laquelle deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles une société reconnue par l'acte*

¹¹ SAKATA M. TAWAB (G.), SOCIETE ANONYME (Droit de l'OHADA et Droit complémentaire Congolais), Vol. 1, Presses Universitaires de Kinshasa, Kinshasa, 2019, p. 14.

¹² CCJA, Arrêt n°168/2020 du 14 mai 2020, société AMERCAIN EAGLE GUARD SECURITY c/HOTEL SARAKAWA.

¹³ Article 114 et 854 de l'AUSCGIE.

¹⁴ Article 864 de l'AUSCGIE.

uniforme mais comporte un vice de formation non régularisé ou ont constitué entre elles une société non reconnue par le présent acte uniforme »¹⁵;

- Les sociétés en formation¹⁸ et les sociétés constituées¹⁶;

Dans les cas ci-dessus, le professeur FILIGA SAWADOGO estime qu'il faudrait rechercher derrière la personne morale, quelles sont les personnes physiques qui les animent et ce sont ces personnes physiques qui peuvent être atteinte par la procédure de conciliation.

- Les entreprises relevant du secteur informel¹⁷, (malgré qu'elles créent de milliers d'emplois et de richesses) ;
- Les petites entreprises au sens de l'article 24 de l'AUPC ;
- Les entreprises traversant les difficultés financières ou économiques sérieuses, soumises à la procédure du règlement préventif ;
- Aux personnes morales de droit public¹⁸ bénéficiaires de la puissance publique¹⁹ et d'une immunité d'exécution²⁰. C'est le cas des établissements publics et des services publics ;
- Aux personnes morales de droit privé qui exercent une activité soumise à un régime particulier lorsqu'il n'en est pas disposé autrement dans la réglementation spécifique régissant ladite activité²¹.

Les activités soumises à un régime particulier au sens du présent acte uniforme et des textes les régissant sont, notamment, celles des établissements de crédit au sens de la loi bancaire, des établissements de micro finance et des acteurs des marchés financiers ainsi que celles des sociétés d'assurance et de réassurance des États-parties au traité OHADA.

¹⁵ Article 865 de l'AUSCGIE.

¹⁶ HYGIN DIDACE AMBOULOU, *Le droit des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA*, Le harmattan, Paris, 2015, p.59.

¹⁷ MESMIN KOUMBA (E.), *Droit de l'OHADA : Prévenir les difficultés des entreprises*, Le harmattan, Paris, 2013, p.98.

¹⁸ MAMADOU ISMAILA KONATE, *Guide des procédures collectives d'apurement du passif en droit OHADA*, LGDJ, Paris, 2016, p.24.

¹⁹ Le principe de l'insaisissabilité des biens publics justifie l'exécution des personnes morales de droit public du champ d'application des procédures collectives. Pour l'affirmation de ce principe, voir Cour commune de justice et d'arbitrage, pourvoi n°103/2003 du 4 novembre 2003, arrêt du 07 juillet 2005, affaire AZIABLEVI YOVO et autres contre Société TOGO TELECOM ; Voir aussi ONANA ETOUNDI (F.), *Grandes tendances jurisprudentielles de la CCJA en matière d'interprétation et d'application du droit OHADA(1997-2010)*, ERSUMA, 2011, 425, p. 425 et s.

²⁰ Article 30 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, adopté le 10 avril 1998.

²¹ Article 1-1 alinéa 2 de l'AUPC et l'avis n°02/2000 EP de la CCJA du 26 avril 2000.

Ainsi en République démocratique du Congo, le secteur des assurances étant régi par le code des assurances en vigueur²², par conséquent, les sociétés d'assurance et de réassurance qui seraient en difficulté, échapperont à l'emprise des procédures collectives d'apurement du passif, spécialement à la procédure de conciliation.

Par ailleurs, le secteur bancaire de la République démocratique du Congo, étant régi par la loi bancaire²³, d'où les établissements de crédit, de micro finance et des acteurs des marchés financiers qui seraient en difficulté ne seront pas assujettis par les procédures collectives d'apurement du passif, particulièrement à la procédure de conciliation. À titre exemplatif, l'on peut citer les cas de la Banque internationale pour l'Afrique au Congo, en sigle BIAC et celui de la First international Bank, en sigle FIBANK, qui subissent la procédure de liquidation sous la supervision de la Banque Centrale du Congo.

C. QUELS SONT LES TYPES DES DIFFICULTÉS ?

À la lecture de l'article 5-1 de l'AUPC, il se dégage deux types des difficultés à ce niveau, et à cela s'ajoute, l'absence de la cessation paiements.

1. Difficultés avérées ou prévisibles

Il sied de constater que ni l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ni la jurisprudence ne donnent la définition des difficultés « avérées » ou « prévisibles ». L'on peut s'interroger sur le moment à partir duquel une entreprise est supposée traverser des difficultés avérées, mais surtout prévisibles. La doctrine quant à elle, s'efforce de définir ces deux concepts. Il s'agit là de deux conditions cumulatives exigées par le législateur communautaire pour l'ouverture de la procédure de conciliation.

L'on peut comprendre d'après le dictionnaire que l'adjectif « avérée » désigne à la fois, un fait reconnu vrai ; authentique ; certain ; qui se montre ; manifeste ; se révèle ; apparaît ou même réel...

Par contre, l'adjectif « prévisible » désigne ce qui peut être prévu ou action de prévenir.

En l'absence d'une définition légale des concepts « difficultés avérées ou prévisibles », l'on est tenté de penser que les

²² Lire à cet effet, la loi n°15/005 du 17 mars 2015 portant code des assurances.

²³ Lire utilement la loi n°003/2002 du 02 février 2002 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

difficultés avérées, sont des difficultés réelles ou certaines pouvant conduire l'entreprise à la cessation des paiements²⁴. Ces difficultés peuvent alors résulter d'une contre-performance de l'entreprise c'est-à-dire un événement ou situation qui affecte les performances de l'entreprise.

C'est le cas notamment, de la confusion du patrimoine, la comptabilité qui est un moyen d'appréciation de l'entreprise²⁵, est mal tenue, l'adoption d'une forme juridique inadéquate, ou par l'accroissement de la concurrence, la modification de la réglementation dans un sens défavorable, l'incendie, les grèves longues ou répétées, etc.

Nombreuses interrogations peuvent être soulevées, notamment quant au sens à donner aux « difficultés prévisibles »²⁶. S'agit-il des difficultés susceptibles de naître pouvant conduire à la défaillance de l'entreprise ? peut-on penser que cette expression signifie que le débiteur qui présentement n'est pas en difficulté, doit être confronté 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 de l'entreprise ?

Cependant, la « prévisibilité » des difficultés est un atout indéniable, puisque le législateur de l'OHADA prend désormais en compte les réalités de l'entreprise en favorisant l'anticipation des événements²⁷. Le débiteur dans ces cas, cherchera à prendre des mesures d'avance, de précaution afin de les éviter.

Ainsi, les difficultés prévisibles résultant de la procédure de conciliation, laisse à croire, qu'elle a un sens plus étendue que celle du règlement préventif, notamment par l'anticipation des événements malheureux.

2. L'absence de cessation des paiements

La procédure de conciliation est ouverte aux entreprises, qui connaissent des difficultés avérées ou prévisibles mais qui ne sont pas encore en cessation des paiements²⁸. Il faut comprendre par « cessation des paiements » au sens de l'AUPC²⁹, comme : « l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à

²⁴ WAMBO (J.), « Le nouveau visage des procédures collectives d'apurement du passif depuis la réforme du 10 septembre 2015 », 2016, pp. 3-20.

²⁵ KOLA GONZE (R.), « Analyse de l'économie populaire et de sa formation en République démocratique du Congo », in *Actes du colloque international de Kinshasa du 19 septembre 2008 : D'une économie populaire à une économie fiscalisée*, Larcier, Bruxelles, 2010, p. 156.

²⁶ WAMBO (J.), *op. cit.*, pp. 3-20.

²⁷ MAMBOKE BIASSALY (L-C), « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA : Distinction ou copie du droit Français », 2017, pp. 1-2.

²⁸ Article 5-1 de l'AUPC.

²⁹ Article 1-3 de l'AUPC.

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 ».

Il résulte de ce qui précède, que l'entreprise doit traverser des difficultés certes, mais elle ne doit pas se trouver en état de cessation des paiements.

Dans cette deuxième condition, aussi importante que la première, le débiteur tente d'affronter les difficultés de l'entreprise dès la manifestation de leurs premiers symptômes³⁰. Comme pour le cas d'une maladie dont l'évolution n'a pas encore atteint une phase critique. Il s'agit donc de difficultés passagères dont l'accroissement peut être freiné ou anéanti par une prise en charge efficiente et à bon escient.

D. LA JURIDICTION COMPÉTENTE

La question de la juridiction compétente³¹ pour connaître de la procédure de conciliation conduit à s'interroger doublement. Il s'agit de connaître d'une part, la juridiction matériellement compétente et d'autre part, la juridiction territorialement compétente.

Pour le premier cas, il ressort de l'article 3 de l'AUPC que : « La procédure de conciliation relève de la juridiction compétente en matière de procédures collectives ». Il s'agit donc du tribunal de commerce³², à défaut, c'est celui de grande instance qui est compétent pour connaître le litige relevant de la procédure de conciliation.

Pour le second cas, il s'agit de la juridiction dans laquelle le débiteur personne physique ou morale a son principal établissement sur le territoire national³³. Si le principal établissement ou siège social se trouve à l'étranger, la procédure de conciliation se déroulera devant le ressort de laquelle se trouve le principal centre d'exploitation du débiteur, personne physique ou morale, situé sur le territoire national.

³⁰ MASAMBA MAKELA (R.), *Manuel de droit et comptabilité OHADA*, CNO, Kinshasa, 2015, p. 141.

³¹ MODI KOKO BEBEY (H-D), « Le tribunal compétent pour l'ouverture des procédures collectives en droit uniforme OHADA », document disponible sur le site institution : www.OHADA.Org/docs/doctrine-trib-pro-col.

³² SAKATA M. TAWAB (G.), *Droit commercial congolais : Commerçants, actes de commerce, registre de commerce, capacité, fonds de commerce, concurrence déloyale, faillite*, PUK, Kinshasa, 2012, p. 156.

³³ Article 3-1 de l'AUPC.

En République démocratique du Congo, le règlement des différends en matière commerciale est consacré par la loi n°002/2001 du 03 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce.

E. ACTEURS HABILITÉS À ENCLANCHER LA PROCÉDURE DE CONCILIATION

Au regard de l'article 5-2 de l'AUPC, la juridiction compétente du siège de l'entreprise est saisie par une requête du débiteur ou par une requête conjointe de ce dernier avec un ou plusieurs de ses créanciers. Cette requête expose les difficultés du débiteur ainsi que les moyens d'y faire face. La requête du débiteur est accompagnée des documents datant de moins de 30 jours. L'acte uniforme reste silencieux sur le contenu de la requête du débiteur, existe-t-il des mentions obligatoires ?

Ainsi, le législateur communautaire n'accorde pas au créancier la possibilité de saisir seul, le président de la juridiction compétente lors du déclenchement de la procédure de conciliation. Le créancier est donc incapable d'initier/introduire sa requête même en cas d'inaction, hésitation et refus du débiteur. Le législateur impose au créancier de se greffer à la requête du débiteur. Il y a lieu de penser que cela peut constituer un blocage dans le processus de prévention des difficultés des entreprises, lorsque le créancier se trouve en face d'un débiteur animé de mauvaise foi.

Il convient de noter que la procédure de conciliation est ouverte par la juridiction compétente statuant à huis clos, pour une durée n'excédant pas trois mois mais qu'il peut, par une décision spécialement motivée, proroger d'un mois au plus à la demande du débiteur, après avis écrit du conciliateur³⁴. À l'expiration de ces délais, la conciliation prend fin de plein droit et il ne peut être ouvert une nouvelle procédure de conciliation avant l'expiration d'un délai de trois mois.

Ce délai de trois mois nous paraît évident, dans le but d'éviter les déclenchements intempestifs ou abusifs de la procédure de conciliation par le débiteur qui serait animé de mauvaise foi. Il en est ainsi du déclenchement de la conciliation dans le but de retarder la cessation des paiements de son entreprise.

³⁴ Article 5-3 de l'AUPC.

F. EFFETS DE LA PROCÉDURE DE CONCILIATION

La décision homologuant (soit par le président de la juridiction compétente ou par le notaire) ou exequaturant l'accord met fin à la mission du conciliateur au regard de l'article 5-10 de l'AUPC. Cela nous semble être évident d'autant plus que la mission du conciliateur consiste à favoriser la conclusion entre le débiteur et ses créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels « d'un accord amiable », destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise³⁵.

Il ressort de l'article 5-8 de l'AUPC que la juridiction compétente peut également mettre fin à la mission du conciliateur en cas d'impossibilité de parvenir à trouver un accord de conciliation ou en cas d'ouverture de la procédure du règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens au regard de l'article 5-14 de l'AUPC. Dans ce cas, les créanciers recouvrent l'intégralité de leurs créances, déduction faite des sommes perçues.

Dans le silence du législateur communautaire s'agissant du contenu de « l'accord de conciliation » signé entre le débiteur et ses principaux créanciers, qui d'ailleurs demeure confidentiel³⁶ peut porter au regard des articles 5-7 et 5-11 de l'AUPC sur le report d'échéance des dettes, du rééchelonnement, de la remise partielle ou totale des dettes et sur le nouvel apport en trésorerie.

1. Le report d'échéance des dettes

Il s'agit d'une pratique qui consiste pour le débiteur se sentant en difficulté financièrement de rembourser une dette, de passer un accord avec ses créanciers au terme duquel ceux-ci accordent des délais de paiement au débiteur afin d'éviter la cessation des paiements ou l'ouverture des procédures collectives au sens strict³⁷.

2. Le rééchelonnement des dettes

Celui-ci est une pratique par laquelle un débiteur, prévoyant de ne plus être en mesure de régler les échéances futures de sa dette selon les conditions initialement prévues, obtient de son créancier³⁸, le consentement à réduire le

³⁵ Article 5-5 de l'AUPC.

³⁶ Lire utilement les articles 5-1 in fine et 5-10 de l'AUPC.

³⁷ FILIGA SAWADOGO (M.), *op. cit.*, p. 45.

³⁸ Article 3 alinéa 4 et 18 de l'instruction 16 de la banque centrale, modification n°2, portant règles prudentielles relatives à la classification et au provisionnement des créances des établissements de crédit, Kinshasa, 2014.

montant de chacune d'elles et à proroger la durée de leur remboursement³⁹ sur base d'un calendrier arrêté de commun accord.

Il peut aussi s'agir d'une facilité des paiements que le banquier accorde au débiteur qui consistera à fractionner le paiement d'une créance à plusieurs échéances en tenant compte de la capacité de remboursement du débiteur.

3. La remise des dettes

Il s'agit d'un acte par lequel le créancier renonce à sa créance et libère le débiteur qui accepte de son obligation pour le tout ou en partie avec tous ses accessoires⁴⁰.

Il y a donc abandon partiel ou total de la créance. Il ne s'agit pas d'un acte unilatéral, mais d'une convention.

4. Le nouvel apport en trésorerie

Il s'agit ici du privilège de l'argent frais que l'AUPC qualifie de « new money ». Le débiteur peut recourir à cette solution, lorsque son entreprise a besoin de liquidité ou d'un fonds de roulement dans l'hypothèse où ni le report d'échéance ni le rééchelonnement de dettes et encore moins la remise de dettes ne peuvent améliorer la situation de l'entreprise en difficulté.

Par ailleurs, pendant la durée de son exécution, l'accord interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle, tant sur les meubles que les immeubles du débiteur, dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font objet⁴¹.

L'accord interrompt, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord.

³⁹ BAKANDEJA WA MPUNGU (G.), *Les finances publiques*, édition Afrique, Bruxelles, 2006, p. 158.

⁴⁰ KENGE NGOMBA TSHILOMBAYI (M-T), *Droit civil : Les obligations*, L'Harmattan, Paris, 2017, pp. 319-320.

⁴¹ Article 5-12 de l'AUPC.

CONCLUSION

Le législateur de l'OHADA a énuméré à son article 1-1 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, les entreprises qui peuvent bénéficier de la procédure de conciliation. Il s'agit en l'occurrence, de toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale artisanale ou agricole, à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé. Les activités des entreprises du portefeuille de l'État relevant désormais du droit privé et ne lui conférant plus le statut d'entreprise publique selon l'esprit des actes uniformes, la procédure de conciliation, étant une des procédures collectives d'apurement du passif devrait s'appliquer aux entreprises du portefeuille de l'État qui seraient en difficulté.

Par contre, les sociétés d'assurance et de réassurance, étant régies par le code des assurances du 17 mars 2015 et l'établissement de crédit, de micro finance et des acteurs de marchés financiers étant régis par la loi bancaire du 02 février 2002 échappent donc à l'emprise de l'AUPC étant entendu qu'ils relèvent du régime particulier au sens du présent acte uniforme.

Pour être assujéti à la procédure de conciliation, il faudrait que l'entreprise puisse traverser des difficultés avérées ou prévisibles sans qu'elle ne soit en état de cessation des paiements. L'AUPC reste muet sur le contenu des concepts « avérées ou prévisibles ». En effet, le type de difficultés étant l'un des critères de différenciation de la procédure de conciliation à celle du règlement préventif, nous pensons qu'il serait nécessaire pour le législateur communautaire d'apporter des éclaircissements sur ces notions aussi importantes afin d'éviter que le débiteur soit dans la confusion totale au moment du déclenchement des procédures de prévention.

La juridiction compétente en matière de procédure de conciliation est le tribunal de commerce du ressort de l'entreprise en difficulté. Le président de la juridiction est saisi par la requête du débiteur ou d'une requête conjointe de ce dernier avec un ou plusieurs de ses créanciers. Dans cette requête, il expose ses difficultés ainsi que les moyens d'y faire face.

L'on a constaté que le législateur ne donne pas au créancier la possibilité de saisir seul le président de la juridiction compétente pour l'ouverture de la procédure de conciliation, même en cas d'hésitation ou d'inaction du débiteur. Il impose au créancier de se greffer à la requête du débiteur. Il y a lieu de penser

que cela peut constituer un obstacle pour la prévention des difficultés de l'entreprise lorsque le créancier se trouve en face d'un débiteur animé de mauvaise foi.

Pendant son exécution, l'accord interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle, tant sur les meubles que les immeubles du débiteur, dans le but d'obtenir le paiement des créances qui ont fait l'objet. L'accord interrompt, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord.

En outre, dans la mesure où le conciliateur peut être désigné soit sur proposition du président de la juridiction compétente ou soit sur proposition du débiteur, l'on s'interroge sur le sort de l'entreprise dans l'hypothèse où la nomination du conciliateur ne faisait pas l'unanimité⁴².

En sus, la désignation du conciliateur sur proposition du débiteur compromettrait à notre sens, la mission du conciliateur lors de la recherche de l'accord entre le débiteur et ses principaux créanciers dans la mesure où le conciliateur doit demeurer neutre, impartial et indépendant dans l'exercice de sa mission au sens de l'article 2 alinéa 1 de l'AUPC.

Il y a finalement lieu d'être optimiste en espérant que le législateur de l'OHADA prendra en compte les observations ainsi formulées et pourra à l'avenir, porter des éclaircissements sur tous ces questionnements restés en suspens.

⁴² EBONZO MPUTU (Y.), Analyse des procédures préventives en droit des entreprises en difficulté issues de l'OHADA, mémoire de D.E.S./D.E.A., Université de Kinshasa, Kinshasa, 2021, p.71.

BIBLIOGRAPHIE

1. TEXTES JURIDIQUES

- Traite du 17 octobre 1993 relatif à l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires ;
- Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, révisé le 10 septembre 2015 ;
- Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, révisé le 30 janvier 2014 ;
- Acte uniforme portant sur le droit commercial général, révisé le 15 décembre 2010 ;
- Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, adopté le 10 avril 1998 ;
- Loi n°15/005 du 17 mars 2015 portant code des assurances ;
- Loi n°08/008 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'État des entreprises du portefeuille de l'État ;
- Loi n°003/2002 du 02 février 2002 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit ;
- Loi n°002/2001 du 03 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce ;
- Instruction 16 de la Banque Centrale du Congo, modification n°2, portant règles prudentielles relatives à la classification et au provisionnement des créances des établissements de crédit, 2014.

2. ARRÊTS, JUGEMENTS ET AVIS

- CCJA, arrêt n°168/2020 du 14 mai 2020, société AMERCAIN EAGLE GUARD SECURITY c/ HOTEL SARAKAWA ;
- CCJA, pourvoi n°103/2003 du 04 novembre 2003, arrêt du 07 juillet 2005, affaire AZIABLEVI YOVO et autres contre Société TOGO TELECOM ; voir aussi ONANA ETOUNDI (F.), *Grandes tendances jurisprudentielles de la CCJA en matière d'interprétation du droit OHADA (1997-201)*, ERSUMA, 2011, p. 425 et s. ;
- Avis consultatif n°001/2001/EP du 30 avril 2001 rendu par la CCJA sur requête introduite en 2000 par le gouvernement de la Cote d'Ivoire ;
- Avis n°02/2000 EP de la CCJA du 26 avril 2000.

3. OUVRAGES

- Derrida (F.), *Concordat préventif et droit Français*, études Hamel, Paris, 1961 ;
- EVECHE SOUGNABE KABE, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté en droit OHADA*, édition universitaires européennes, Meldrum Street, Beau Bassin, 2019 ;
- FILIGA SAWADOGO (M.), *Droit des entreprises en difficulté*, Bruyant, Bruxelles, 2002 ;
- HYGIN DIDACE AMBOULU, *Le droit des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA*, L'harmattan, Paris, 2015 ;
- GUYON (Y.), *Droit des affaires*, tome 2, Economica, Paris, 1988 ;
- MAMADOU ISMAILA KONATE, *Guide des procédures collectives d'apurement du passif en droit de l'OHADA*, LGDJ, Paris, 2016 ;
- MESMIN KOUMBA (E.), *Droit de l'OHADA : Prévenir les difficultés des entreprises*, L'harmattan, Paris, 2013 ;
- MASAMBA MAKELA (R.), *Manuel de droit et comptabilité OHADA*, CNO, Kinshasa, 2015 ;
- SAKATA M. TAWAB (G.), *Société Anonyme (Droit de l'OHADA et Droit complémentaire congolais)*, Vol. 1, PUK, Kinshasa, 2019 ;
- SAKATA M. TAWAB (G.), *Droit commercial congolais : Commerçants, actes de commerce, registre de commerce, capacité, fonds de commerce, concurrence déloyale, faillite*, PUK, Kinshasa, 2012.

4. ARTICLES

- BOUMAKANI (B.), « L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires et les personnes publiques », in mélanges en honneur de MORAND-DEVILLER (J.), Mont Chrétien, 2007 ;
- KOLA GONZE (R.), « Analyse de l'économie populaire et de sa formation en République démocratique du Congo », in actes du colloque international de Kinshasa du 19 septembre 2008 : D'une économie populaire à une économie fiscalisée, Larcier, Bruxelles, 2010 ;
- MAMBOKE BIASSALY (L-C), « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA : Distinction ou copie du droit Français », 2017;
- MODI KOKO BEBEY (H-D), « Le tribunal compétent pour l'ouverture des procédures collectives en droit uniforme OHADA », document disponible sur le site institution : www.OHADA.Org/docs/doctrine-trib-pro-col ;
- SOULEYMAN TOE, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficulté en droit de l'OHADA à la lumière du droit Français », Burkina-Faso, 2012 ;

- WAMBO (J.), « Le nouveau visage des procédures collectives d'apurement du passif depuis la réforme du 10 septembre 2015 », 2016.

5. AUTRES SOURCES

- EBONZO MPUTU (Y.), Analyse des procédures préventives en droit des entreprises en difficulté issues de l'OHADA, mémoire de D.E.S./D.E.A., Université de Kinshasa, Kinshasa, 2021 ;
- Site internet OHADA.