

ABREVIATIONS ET SIGLES

Al.	Alinéa
Art.	Article
AUPCAP	Acte uniforme portant organisation sur les procédures collectives d'apurement du passif
AUSCGIE	Acte uniforme portant sur le droit commercial général »
BULL.	Bulletin des arrêts
C A.	Cour d'appel
Cass- Civ	Chambre civile de la cour de cassation
Cass- Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass- req.	Chambre des requêtes de la cour de cassation
CCJA.	Cour Commune de Justice et d'arbitrage
CEMAC	Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale
Cf.	Confère
Civ. 1ère.	Première Chambre civile de la Cour de cassation
COBAC	commission bancaire de l'Afrique Centrale
COCC	Code des obligations civiles et commerciales
Coll.	Collection
Ed.	Édition
EDJA.	Éditions juridiques africaine
ERSUMA	École Régionale Supérieure de la Magistrature
Ex.	Exemple
Litec.	Librairie technique
N°	Numéro
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des
op. cit.	Optimum citadum
P.	Pages
Rev.	Revue
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
TRHCD.	Tribunal régional hors classe de Dakar
Trib.	Tribunal

UEMOA Union économique et monétaire ouest africaine

V. Voir

Rapport-gratuit.com 
LE NUMERO 1 MONDIAL DU MÉMOIRES

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
CHAPITRE I : La dualité des mesures préventives applicables aux établissements de crédit en cas de difficulté	11
Section 1 : L'application des règles de droit commun non dérogatoire à la loi bancaire aux établissements de crédit	11
Section 2 : L'application d'un régime particulier aux établissements de crédits pour la prévention des difficultés	19
CHAPITRE II : Le traitement hybride des difficultés avérées relatives aux établissements de crédit	26
Section 1 : L'appréciation de la situation économique de l'établissement de crédit.....	26
Section 2 : En cas absence de possibilité de redressement et de règlement du passif.....	35
CONCLUSION	46

INTRODUCTION

Dans le but d'adapter le droit des faillites aux besoins économiques contemporains, il convient que le débiteur ne puisse plus dissimuler l'entreprise et que la nécessaire protection du crédit et des créanciers ne puisse plus écarter celle des autres intéressés et celle de l'intérêt général¹. Ainsi, s'opère la séparation de l'homme et de l'entreprise suite des travaux du Doyen Roger HOUIN². La consécration du principe de la séparation de l'homme et de l'entreprise ayant marqué le passage du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté.

Le droit des entreprises en difficultés fait apparaître une importance capitale, car son objet spécial constitue la sauvegarde des entreprises dans la mesure du possible et leur liquidation au pire pour le désintéressement des créanciers³.

Le sauvetage de l'entreprise, son importance tient à la prise de conscience de l'impact négatif et la disparition des entreprises sur l'économie nationale. L'entreprise en difficultés est sauvée lorsqu'elle a pu surmonter ses difficultés. Plusieurs techniques de financement peuvent lui être utiles à cet effet. Parmi celles-ci figurent notamment la renonciation aux droits acquis et l'apport de fonds propres. La renonciation aux droits acquis par les membres de la société peut contribuer au sauvetage de l'entreprise en difficultés qui verra non seulement son passif diminué, mais aussi et surtout ses fonds propres reconstitués.⁴ L'entreprise est en difficultés parce qu'elle a cessé ses paiements. Elle a cessé ses paiements parce que l'actif disponible est inférieur au passif exigible. Donc, il serait

¹J. PAILLUSSEAU, « Du Droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », Etudes HOUIN, Dalloz-Sirey, 1985, cité par BALEMAKEN Eugène Louis René, Thèse de doctorat 2013, p 11.

² R. HOUIN, « Permanence de l'entreprise au travers de la faillite », « Liber amicorum », Baron I. Fredericq, 1965, t. II, p.609 ; v. également, BRUNET, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », Etudes Roblot, 1984, p.471, cité par BALEMAKEN Eugène Louis René, op cit, p 12.

³ Voir Filiga Michel Sawadogo, OHADA, droit des entreprises en difficultés, Bruylant Bruxelles, col. « Juriscope », 2002, p. 3 à 5 ; Willy James Ngoue, droit des sociétés commerciales et des procédures collectives dans l'espace OHADA, préf. Dorothée C. Sossa, presses universitaires libres, 2013, p. 21 et 37 ; Souleymane Toe, « aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA », revue de droit uniforme africain, juin 2010, pp. 37-50 ; Thomas Steve Karfo Sursikya, « Paiement des créanciers, sauvetage de l'entreprise : étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises en difficulté », thèse Toulouse, 2014, cité par François BIBOUM BIKAY, Les pouvoirs d'office du juge des procédures collectives de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) et les principes cardinaux du procès, Volume 5, Issue 2, Décembre 2015.

⁴ TOH A, La prévention des difficultés des entreprises: étude comparée de droit français et droit OHADA, 09 décembre 2015

opportun pour le débiteur de pouvoir profiter de toutes ces renonciations ayant pour effet de diminuer le passif d'une part, elles pourront contribuer à une adéquation entre l'actif et le passif de l'entreprise afin de la sauver.

Si les procédures collectives sont applicables aux établissements de crédit, elles le sont dans des conditions spécifiques puisque les organes intervenants ne sont pas forcément les mêmes et les procédures elles-mêmes dans leur contenu peuvent être interférées ou adaptées.

Les établissements bancaires ont progressivement occupé une place prépondérante dans le système financier mondial. Parallèlement, les autorités nationales ont renforcé la régulation du secteur sous l'influence d'institutions internationales et pour certaines de la construction communautaire. C'est ainsi que les conditions d'accès à la profession sont de plus en plus rigoureuses dans le cadre d'agréments délivrés par les pouvoirs publics très attentifs. L'article 13 de la loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal dispose que « Nul ne peut, sans avoir été préalablement agréé et inscrit sur la liste des banques ou sur celle des établissements financiers à caractère bancaire, exercer l'activité définie à l'article 2, ni se prévaloir de la qualité de banque, de banquier, ou établissement financier à caractère bancaire, ni créer l'apparence de cette qualité, notamment par l'emploi de termes tels que banque, banquier, bancaire ou établissement financier dans sa dénomination sociale, son nom commercial, sa publicité ou, d'une manière quelconque, dans son activité ».

De même, le fonctionnement des établissements est mis sous surveillance par l'édiction de règles dites prudentielles⁵ mises au point par des instances internationales et intégrées par les législations communautaires et nationales. A partir de 2008⁶, les autorités publiques au niveau international et au niveau communautaire ont engagé des réflexions qui se sont

⁵Le Conseil des Ministres de l'UMOA veille au grain sur la gestion quotidienne de la banque et adopte toute disposition spécifique utile dans ce sens. Ainsi, le dispositif prudentiel indique qu'«il est interdit aux banques ... de détenir, directement ou indirectement, dans une même entreprise, autre qu'une banque, un établissement financier ou une société immobilière, une participation supérieure à 25% du capital de l'entreprise ou à 15% de leurs fonds propres de base »

⁶ La crise financière de 2008, a été provoquée par plusieurs événements et des pratiques abusives d'origines diverses. Sans être exhaustif et analyser l'ensemble des causes de cette crise, il est admis que l'un des facteurs est le phénomène dit des « subprimes ». En résumé, aux Etats-Unis, des crédits immobiliers avaient été distribués à une clientèle susceptible de ne pas assurer les remboursements, les créances ainsi mises en place avaient été cédées à des entités qui, pour les acquérir, ont émis des titres financiers sur les marchés. Ce mécanisme a été utilisé à une très grande échelle avec une régulation déficiente. Lorsque les défauts de remboursement débiteurs sont intervenus les titres sur lesquels étaient adossées ces créances ont perdu toute valeur.

concrétisées par la mise en place d'un arsenal préventif des crises bancaires complété par des règles pour traiter efficacement les crises bancaires.

Ainsi, les pouvoirs publics après avoir instauré un contrôle étroit de l'accès à la profession bancaire, après avoir mis sous contrôle différents aspects de leur fonctionnement, ont mis en place un véritable régime spécifique concernant le traitement de leurs difficultés.

Conçu comme étant le droit d'un espace juridique commun, un droit international qui vient se superposer aux normes internes, l'OHADA n'est pas le droit d'une union monétaire ou d'une union de l'assurance. Il existe d'autres cadres pour cela en Afrique. Notamment, l'Union Economique et Monétaire Ouest africaine (UEMOA) dont l'objectif principal est la création d'un marché commun fondé sur la libre circulation des biens, des services et des capitaux, s'est dotée d'une réglementation bancaire, reprenant et complétant les acquis de l'UMOA, principalement sur le régime des banques et établissements financiers ainsi que sur celui des opérations financières extérieures. L'œuvre de l'UEMOA en matière de réglementation bancaire est relayée par celle que mène la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC)⁷ à travers l'Union Economique en Afrique Centrale (UEAC) et l'Union Monétaire de l'Afrique Centrale (UMAC). De même, la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) et la Conférence Interafricaine du Marché des Assurances (CIMA) constituent d'autres expériences en matière d'intégration africaine. C'est dire donc que l'OHADA vient compléter une liste existante d'organisations d'intégration africaine soit par le droit, soit par l'économie ou le commerce, soit par les assurances et bien d'autres⁸.

En fait, le volume et la complexité de l'industrie bancaire a imposé la mise en place d'un système de suivi plus rapproché au niveau de la gouvernance des banques. Il s'agit aussi de prévenir, un tant soit peu, les situations de défaillance difficiles à sauver au niveau bancaire. L'hypothèse particulière des établissements de crédit en cas de difficulté et la réglementation prévue l'AUPCAP revient à examiner le rapport qui existerait entre les deux catégories juridiques. Une telle problématique cherche à savoir si ce rapport aboutit à l'application des règles de droit de commun, issues du système juridiques de l'AUPCAP ou s'il y a une spécificité des règles de sauvetage de l'entreprise bancaire.

⁷ La réglementation bancaire CEMAC est issue de la convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les Etats de l'Afrique centrale.

⁸ZERBO M, les spécificités de la réglementation bancaire au regard du droit OHADA des sociétés commerciales, p 194.

La loi bancaire a mis en place un système dérogatoire au droit commun qui écarte, sans les exclure, les dispositions d'ordre public du droit OHADA des procédures collectives. L'intérêt de la réglementation bancaire est de prévoir et d'organiser les normes qui s'appliqueront aux établissements de crédit et qui permettront à ces derniers d'avoir une gestion saine et efficace, apte à maintenir leur situation financière solide. Les dispositions du droit uniforme ohada relatives aux procédures collectives sont bien applicables aux établissements de crédit. Ainsi, sous réserve d'avis conforme de la commission bancaire, les dispositions de l'acte uniforme OHADA sur les procédures collectives et d'apurement du passif s'appliquent en principe au traitement des difficultés des établissements de crédit, d'où l'objet du sujet soumis à notre réflexion : « Les procédures collectives des établissements de crédit dans l'espace OHADA ».

Les procédures collectives étant l'ensemble des règles qui préviennent et traitent les difficultés des entreprises (la conciliation, le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens).

Quant aux établissements de crédit, ce sont des personnes morales accomplissant des opérations de banque (la réception des fonds du public, les opérations de crédit et à la disposition et la gestion des moyens de paiement) à titre de profession habituelle. L'Acte uniforme révisé portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) a été adopté le 10 septembre 2015 à Grand-Bassam, en Côte d'Ivoire marque une évolution historique récente, caractérisée par l'émergence d'une vision plus globale et plus précoce des difficultés des entreprises. On n'attend plus que les entreprises soient en état de cessation des paiements avant de s'intéresser à leur situation. La définition de la cessation des paiements est allongée et précisée : elle est « l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible ». C'est la prise en compte de la théorie dite de la « réserve de crédit » conformément aux meilleures législations ou pratiques internationales. Sans être indispensable parce qu'elle pouvait être raisonnablement sous entendue, la précision est

utile du fait qu'elle apporte une réelle sécurité juridique aux moratoires consentis par les créanciers⁹.

Néanmoins, on note le maintien et la réforme des procédures existantes : règlement préventif, redressement judiciaire et liquidations des biens. Elles ont fait l'objet de réformes plus ou moins profondes pour plus d'efficacité. À celles-ci est venue s'ajouter la toute nouvelle procédure de conciliation. Il est usuel de classer les procédures suivant qu'elles se situent avant ou après la cessation des paiements, notion au cœur des procédures collectives.

Nonobstant les dispositions de l'article 25 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, sont en état de cessation des paiements, les établissements de crédit qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché. L'ouverture d'une procédure de règlement préventif, instituée par l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, est, relativement à un établissement de crédit, subordonnée à l'avis conforme de la commission bancaire¹⁰.

Par ailleurs, retenons que ces différentes procédures ne sont pas des passages obligés. En effet, la juridiction compétente qui constate la cessation des paiements d'une entreprise choisit d'ouvrir soit le redressement judiciaire, soit la liquidation des biens, en tenant compte de la capacité de redressement de l'entreprise¹¹. De ce fait, le débiteur ne peut faire grief au tribunal d'avoir ouvert une procédure de liquidation des biens sans redressement au préalable¹².

Il sera important à ce point de dire que la définition de la cessation de paiements des établissements de crédit est originale parce que l'activité bancaire est singulière : elle se distingue des autres secteurs d'activité par ses particularités juridiques, économiques et comptables. L'activité bancaire est strictement réglementée et que seuls les organismes dotés du statut d'établissement de crédits peuvent réaliser des opérations de banque à titre habituel. Ils disposent en effet d'un monopole légal confirmé par la loi bancaire n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal. Sont considérées comme établissements de crédit, les personnes morales qui effectuent, au titre de profession

⁹ SAWADO F M, Les procédures de prévention dans l'AUPC révisé, droit & patrimoine N°253 décembre 2015, p 33. 34.

¹⁰ V. art 86, 87 de la loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal.

¹¹ V. art 33 AUPCAP.

¹² Cour de cassation française, com., 12 Mai 1998, RJDA 1998, n°10, n°1140.

habituelle, des opérations de banque. Constituent des opérations de banque, au sens de la présente loi, la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle et la gestion de moyens de paiement. Les établissements de crédit sont agréés en qualité de banque ou d'établissement financier à caractère bancaire.

Les opérations de banque sont des prestations de services au sens économique du terme mais elles sont aussi plus que cela. Les établissements de crédit n'effectuent pas que des opérations de banque ; ils ont aussi une fonction économique, celle de transformer les dépôts à vue en crédits à long terme. Cette transformation bancaire n'est possible qu'à la condition que les déposants ne retirent qu'une fraction des dépôts pour les besoins de leur activité domestique ou professionnelle. Cette opération est essentielle et conditionne la rentabilité et donc la survie des banques : les profits de celles-ci proviennent pour l'essentiel de la différence entre les taux d'intérêt facturés pour les crédits accordés à long terme et les taux d'intérêt versés aux déposants pour les rémunérer. Comme en général, les taux à long terme sont plus élevés que les taux à court terme, la transformation est une activité lucrative, d'autant plus rentable que la différence entre les échéances à court et à long terme est importante et que la banque ne détienne dans ses coffres forts qu'une faible partie des dépôts initiaux. Les établissements de crédit ne pouvant guère avoir d'influence sur le niveau des taux d'intérêt, ceux-ci dépendant de l'offre et de la demande de fonds prêtables, ils seront poussés à réduire au maximum la part des encaisses disponibles. C'est la spécificité de la transformation bancaire qui ne permet pas d'appliquer aux banques la définition de la cessation de paiements définie par l'AUPCAP sur le redressement et la liquidation judiciaire. En fait, le législateur met en évidence le particularisme juridique de l'activité bancaire dans la définition de la cessation de paiements applicable à un établissement de crédits. C'est en effet le cas lorsqu'il « n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds qu'il a reçus du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution ».

Dans le cadre de la législation bancaire, la banque est définie comme étant un établissement de crédit c'est -à-dire une personne morale qui effectue à titre de profession habituelle des opérations de banque, ces opérations consistant en la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle et la gestion de moyens de paiements¹³. Les banques sont constituées sous forme de sociétés anonymes à capital fixe ou, par autorisation spéciale du Ministre chargé des Finances donnée après

¹³ V. art 2 de la loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal.

avis conforme de la Commission bancaire, sous la forme de sociétés coopératives ou mutualistes à capital variable. Elles ne peuvent revêtir la forme d'une société unipersonnelle. Exceptionnellement, elles peuvent revêtir la forme d'autres personnes morales. Elles doivent avoir leur siège social sur le territoire d'un des Etats membres de l'UMOA. Les établissements financiers à caractère bancaire sont constitués sous forme de sociétés anonymes à capital fixe, de sociétés à responsabilité limitée ou de sociétés coopératives ou mutualistes à capital variable. Ils ne peuvent revêtir la forme d'une société unipersonnelle. Ils doivent avoir leur siège social sur le territoire d'un des Etats membres de l'UMOA. Une instruction de la Banque Centrale précise, en cas de besoin, la forme juridique que doivent adopter les diverses catégories d'établissements financiers à caractère bancaire¹⁴.

Toutefois, en marge de ces trois axes clés de l'activité bancaire, il n'est pas interdit aux établissements de crédit d'accomplir, à titre complémentaire, d'autres actes considérés comme l'accessoire naturel de leur activité spécifique que l'on qualifie d'opérations connexes, puisque l'accomplissement de ce type d'opérations ne requiert aucune formalité. Plus précisément, les banques sont constituées sous forme de sociétés anonymes à capital fixe ou, par autorisation spéciale du ministre chargé des finances après avis conforme de la commission bancaire, sous forme de sociétés coopératives ou mutualistes à capital variable. Elles ne peuvent revêtir la forme d'une société unipersonnelle. Le capital social de la banque ne peut être porté par une seule personne, il a été relevé à un seuil minimum de 10 milliards par le Conseil des ministres de l'UEMOA depuis 2010¹⁵.

Et donc, il est démontré que la commission bancaire exerce un contrôle sur les établissements de crédit pour une protection des déposants. Les établissements de crédit ne peuvent s'opposer aux contrôles effectués par commission bancaire et la banque centrale¹⁶. La commission bancaire peut décider la mise sous administration provisoire d'un établissement de crédit, dans les cas prévus à l'article 31 de l'annexe à la convention régissant la commission bancaire, ou lorsque la gestion de l'établissement de crédit met en péril les fonds reçus en dépôt ou rend non liquides les créances de la banque centrale. Elle notifie sa décision au ministre chargé des finances qui nomme un administrateur provisoire auquel il confère les pouvoirs nécessaires à la direction, l'administration ou la gérance de

¹⁴ V art 31 et 32 de la loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal.

¹⁵ Avis n°01/2007 du 2 novembre 2007 aux Banques et établissements financiers relatif au relèvement du capital social minimum des Etablissements de crédit de l'Union monétaire ouest africaine (UMOA).

¹⁶ V. art 59 de la loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal.

l'établissement concerné¹⁷. L'administrateur provisoire doit présenter à la commission bancaire et à la banque centrale, au moins une fois tous les 3 mois, un rapport sur les opérations qu'il a accomplies ainsi que sur l'évolution de la situation financière de l'établissement de crédit. Il doit, en outre, présenter à la commission bancaire et à la banque centrale, au cours d'une période n'excédant pas une année à compter de la date de sa désignation, un rapport précisant la nature, l'origine et l'importance des difficultés de l'établissement de crédit ainsi que les mesures susceptibles d'assurer son redressement ou à défaut, constater la cessation des paiements¹⁸. La commission bancaire peut décider la mise en liquidation d'un établissement de crédit ou d'une entreprise, dans les cas prévus à l'article 32 de l'annexe à la convention régissant la commission bancaire. Elle notifie sa décision au ministre chargé des finances de l'Etat concerné qui nomme un liquidateur auprès de l'établissement de crédit ou de l'entreprise concerné. Le liquidateur est désigné, dans un délai maximal de 7 jours calendaires à compter de la date de réception par le ministre chargé des finances de ladite décision, sur une liste dressée à cet effet par la commission bancaire. Le liquidateur nommé auprès d'un établissement de crédit, au lieu de son siège social, organise la liquidation des succursales dudit établissement établies dans les autres Etats membres de l'UMOA, en cas d'extension à celles-ci du retrait d'agrément de la maison mère, en application des dispositions de l'article 23, alinéa premier de la présente loi¹⁹.

Toujours dans le sillage de la protection des déposants et des non déposants, le président de la commission bancaire peut, en tant que de besoin, inviter les actionnaires, associés ou sociétaires d'un établissement de crédit en difficulté, à apporter leur concours à son redressement. Il peut, en outre, inviter l'ensemble des adhérents de l'association professionnelle des banques et établissements financiers à examiner les conditions dans lesquelles ils pourraient apporter leur concours au redressement de l'établissement de crédit²⁰.

L'ouverture d'une procédure de règlement préventif instituée par l'AUPCAP, relativement à un établissement de crédit, est subordonnée à l'avis conforme de la commission bancaire. Il en est ainsi, en cas des procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens, instituées par l'AUPCAP qui ne peuvent être ouvertes à l'égard d'un établissement de

¹⁷ V. art 60 de la Loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal.

¹⁸ V. art 61 de la Loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal.

¹⁹ V. art 62 de la Loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal.

²⁰ V. art 64 de la Loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal.

crédit qu'après avis conforme de la commission bancaire. De ce fait, avant qu'il ne soit statué sur l'ouverture d'une de ces procédures à l'égard d'un établissement de crédit, le président de la juridiction compétente est tenu d'aller recueillir par écrit l'avis de la commission bancaire. C'est elle qui est habilitée à décider à ce sujet, compte tenu de la spécificité de l'entreprise bancaire. Si elle émet un avis contraire, même en cas de saisine d'un créancier à ce sujet, la procédure collective ne devrait pas pouvoir s'appliquer.

Pour une bonne gestion des établissements de crédits en difficulté, le rôle de la commission bancaire est prépondérant pour ne pas dire capital. Les procédures collectives des établissements de crédit ne sont pas dirigées comme bon le semble. La situation est donc contrôlée. Les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens, instituées par l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, ne peuvent être ouvertes à l'égard d'un établissement de crédit qu'après avis conforme de la commission bancaire²¹.

Un tel sujet suscite la problématique qui est celle de savoir : quelle est la réglementation applicable aux établissements de crédit en cas de difficulté en droit OHADA?

Ce que nous constatons est que ce sujet incarne un intérêt purement pratique du fait que le droit bancaire est aujourd'hui une branche autonome du droit des affaires, et est soumis à un ensemble de règles spéciales, applicables aux opérations de banque et aux personnes exerçant l'activité bancaire. Donc, les établissements de crédit, pour pouvoir atteindre ses objectifs à coté de ses traits spéciaux, divers organes apportent leurs soutiens pour la mise en œuvre de telles procédures collectives. On comprend dès lors, que l'initiative appartient à la commission bancaire, qui semble jouer un rôle important pour le déclenchement et la mise en œuvre des procédures collectives.

La commission bancaire se voit doter d'un pouvoir très spécial pour contrôler la gestion d'un établissement de crédit en difficulté. L'octroi de ce pouvoir peut être justifié à notre avis car visant à rendre efficace le traitement des établissements de crédit en difficulté, en veillant prioritairement à la sauvegarde de l'intérêt des déposants et indirectement à la

²¹ V. art 88 de la Loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal.

sauvegarde des établissements de crédit. La réglementation des établissements de crédit n'est que la suite logique de la sécurisation du système bancaire qui transparaît dans ces différentes réglementations. Cette sécurisation s'appuie sur un système de contrôle solide qui a pour pièce maîtresse la commission bancaire.

Au-delà de ses compétences réglementaires et administratives, disciplinaire, la commission bancaire dispose d'un important pouvoir dans les procédures collectives des établissements de crédit. Cette sécurisation passe également par des mesures appropriées de traitement des difficultés des établissements de crédit et de micro finance. Au rang de ces mesures, se trouvent en bonne place l'administration provisoire et la liquidation des biens. Ces mesures sont soumises à des règles dérogatoires du droit commun en particulier. Le régime de traitement des difficultés des établissements de crédit vient d'ailleurs de faire l'objet d'une réforme importante. Celle-ci est contenue dans le règlement du 23 avril 2014 relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté dans la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale²².

L'on constate aussi que la réforme bancaire avait pour but l'encadrement, le contrôle des professionnels du secteur bancaire. Pour cette raison, la réglementation mettait l'accent sur les conditions d'accès et d'exercice des professions bancaires et dans une certaine mesure sur les conditions et les suites du contrôle de l'activité avec une attention particulière portée au traitement des difficultés des établissements de crédit et de micro finance.

Avec ces quelques éclaircissements qui précèdent et dans l'optique de bien cerner notre étude, il nous semble opportun de mettre d'une part l'accent sur la dualité de règles existantes et pouvant être applicables aux établissements de crédit pour la prévention des difficultés (chapitre 1), et d'autre part on pourra parler des mécanismes de traitement des difficultés avérés de l'établissement de crédit (chapitre 2).

²² ELONGO Y R K, la dynamique de la réforme de la réglementation bancaire dans la CEMAC, 13-14 novembre 2014, Presses Universitaires d'Afrique, p 445

CHAPITRE I : La dualité des mesures préventives applicables aux établissements de crédit en cas de difficulté

La banque est une entreprise dont le statut a évolué au gré des textes particuliers applicables à la profession. Elle est une entreprise qui répond à des critères spéciaux. Il en est ainsi du rôle spécifique qui lui est dévolu dans le cycle économique et de celui d'assurer le crédit aux agents économiques pour permettre à l'économie de fonctionner.

Cette situation regroupe toute fois la mise en œuvre de certaines règles de droit commun non dérogoires à la loi bancaire aux établissements de crédit (section 1). Mais ceci n'empêche pas l'application d'un régime particulier aux établissements de crédits pour la prévention des difficultés (section 2).

Section 1 : L'application des règles de droit commun non dérogoire à la loi bancaire aux établissements de crédit

L'article 84 de la loi bancaire n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal révèle une possible application des règles de droit commun tant qu'il n'y est pas dérogé par les dispositions de la présente loi.

Dans le droit commun existe des règles préventives qui peuvent être appliquées aux établissements de crédit en difficulté. Par la, il faut attendre qu'il s'agit des règles non dérogoires à la loi bancaire, dont le déclenchement nous intéresse (paragraphe 1). Il y a aussi l'aspect procédural de ses règles qui impose le respect de certaines conditions (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : le déclenchement des règles préventives des établissements de crédit

L'ouverture des procédures collectives obéit à certaines conditions dont une à caractère économique. La condition économique est la nécessité de la cessation des paiements.

Lorsqu'il s'agit d'ouvrir la procédure de règlement préventif qui normalement a pour but d'éviter la cessation des paiements, il faut bien évidemment que le débiteur ne soit pas encore dans cet état. A ce stade, les créanciers ne sont pas encore au courant des difficultés de leur débiteur. Il en est de même du ministère public dont le rôle est la défense de l'intérêt général²³.

Ce déclenchement des règles préventives des établissements de crédit suscite des conditions pour son ouverture (A), avant de pouvoir produire ses effets (B).

A- Les conditions d'ouverture des règles préventives

Le règlement préventif est une innovation du droit OHADA n'est pas sans importance. En effet, son régime a été légèrement modifié par la réforme de 2015 afin de le rendre plus efficace et plus accessible aux entreprises en difficulté dans le contexte particulier des économies africaines. Le règlement préventif est défini comme étant une procédure collective préventive destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif²⁴. C'est une procédure préventive destinée à toutes les entreprises quelle que soit leur forme et la nature de leur activité, qui traversent une situation difficile, mais non irrémédiablement compromise. Cette amélioration peut être appréciée au niveau de ses conditions d'ouverture et des règles qui régissent le déroulement de la procédure.

Le règlement préventif est aujourd'hui plus accessible car son domaine d'application a été élargi par rapport aux personnes qui peuvent recourir à cette procédure préventive et en simplifiant les conditions de forme²⁵. L'art. 1-1 de l'AUPC/AP vise toutes les personnes

²³ Le ministère public est partie prenante à la distribution de la justice et peut pour cela être rattaché aux organes judiciaires, nonobstant le fait bien compris que sa fonction n'est pas de rendre des décisions. Il est certes vrai qu'il n'est pas suffisamment doté en prérogatives, avec un rôle vague du reste, mais il contribue directement ou indirectement à accélérer la procédure, à la rendre plus efficace et à assurer sa moralisation. Le Procureur de la République est informé du déroulement de la procédure collective par le juge commissaire.

Il peut à toute époque requérir communication de tous actes, livres ou documents relatifs à la procédure collective. Les procédures collectives intéressent le Parquet du fait de la place qu'elles font à l'intérêt général et à l'ordre public défendu par le ministère public à tous égards. En effet, la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif intéressent les pouvoirs publics compte tenu de leur impact sur d'autres entreprises et sur l'ensemble de l'économie. En sus, il n'est pas exclu que l'ouverture et le déroulement des procédures collectives puissent révéler des infractions.

²⁴ V. l'article 2 al.2 de l'AUPC

²⁵ GUEYE M, Prévention des difficultés des entreprises dans le nouvel acte portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, janvier 2017, p 2.

exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole. Il ne s'agit donc plus seulement des commerçants. Toutefois, quelle que soit la nature de son activité, l'entrepreneur individuel doit être un professionnel. Cela implique que les salariés et les personnes exerçant une activité occasionnelle ou des actes isolés ne peuvent pas recourir au règlement préventif. Cette procédure peut être utilisée par les entrepreneurs commerçants ou non, de même que les artisans, les membres des professions libérales. Précisons aussi quelle que soit la qualité du débiteur, l'entreprise doit traverser des difficultés sérieuses (c'est à dire qui menacent réellement sa survie) mais sans être déjà en cessation des paiements. En effet si la situation de l'entreprise est saine toute demande tendant à obtenir un règlement préventif doit être considérée comme prématurée. Le juge devra dans ce cas considérer que la situation de l'intéressé ne relève d'aucune procédure collective et rejeter la demande.

Quant aux formalités, elles sont liées à l'introduction d'une requête auprès de la juridiction compétente, au dépôt d'un dossier comprenant un certain nombre d'éléments et à la soumission d'un projet de concordat préventif. La requête doit être introduite auprès de la juridiction compétente en matière de procédures collectives (au Sénégal, tribunal de Grande Instance). Elle doit en principe, être introduite par le débiteur, principal intéressé.

Ainsi dit, l'on peut s'interroger sur la réglementation de cette prévention aux établissements de crédit. Même si l'établissement de crédit est une société commerciale au sens de la législation OHADA, il est toutefois piloté par des spécificités qu'elle peut avoir en tant que structure ayant des missions particulières relevant de la réglementation bancaire.

Conformément à l'article 87 de la loi bancaire n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal, l'ouverture d'une procédure de règlement préventif, instituée par l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif est relativement à un établissement de crédit, subordonnée à l'avis conforme de la commission bancaire.

La procédure de mise en œuvre du règlement préventif d'un établissement de crédit est bien déterminée. Le représentant légal d'un établissement de crédit, qui envisage de déposer une requête aux fins d'ouverture d'une procédure de règlement préventif, doit, par lettre recommandée avec accusé de réception ou lettre remise contre récépissé, saisir la commission bancaire d'une demande d'avis préalablement à la saisine du président de la

juridiction compétente. Cette demande comporte les pièces nécessaires à l'information de la commission bancaire. La commission bancaire donne par écrit son avis dans un délai d'un (1) mois à compter de la date de réception de la demande. L'avis est transmis par tout moyen au demandeur. La commission bancaire, une fois saisie, informe sans délai l'organisme chargé de la gestion du système de garantie des dépôts et le ministre chargé des finances.

B- Les effets des règles préventives

Le nouvel AUPC nous montre clairement que la recevabilité de la demande d'ouverture exige du juge le prononcé de la suspension provisoire des poursuites individuelles et la désignation d'un expert rapporteur. Elle résulte d'une ordonnance du président de la juridiction compétente et emporte un certain nombre d'effets liés à la suspension des poursuites individuelles et à la désignation d'un expert du règlement préventif²⁶.

En effet, si le projet de concordat préventif lui paraît sérieux, le président de la juridiction ouvre immédiatement la procédure. Cette décision aura des répercussions sur la situation des créanciers et sur celle du débiteur. La procédure produit ainsi des effets à l'égard des créanciers et du débiteur.

Pour le créancier, la décision de suspension des poursuites individuelles a pour effet la suspension de tous délais impartis aux créanciers à peine de déchéance, prescription ou résolution de leurs droits pendant toute la durée de suspension des poursuites elles-mêmes. Toutefois, elle ne suspend pas le cours des intérêts légaux ou conventionnels, et des intérêts moratoires. De même, les majorations continuent à courir. Ces sommes ne sont pas exigibles et peuvent faire l'objet d'une remise par les créanciers au profit du débiteur²⁷.

Sur le débiteur, la décision de suspension des poursuites individuelles interdit au débiteur d'accomplir certains actes qui pourraient être en contradiction avec les intérêts des créanciers déterminés sauf autorisation motivée du président de la juridiction compétente. Donc à l'égard du débiteur, l'ouverture de la procédure entraîne certaines restrictions sur ses pouvoirs, afin d'éviter qu'il n'organise son insolvabilité. Ainsi il ne peut accomplir certains actes qu'avec l'autorisation motivée du président de la juridiction.

²⁶ V. 8 AUPCAP

²⁷ V. 9 AUPCAP

Toutefois, notons que sont concernées : les poursuites qui tendent à obtenir paiement des créances nées antérieurement à ladite décision pour une durée maximale de trois mois qui peut être prorogée d'un mois ; les voies d'exécution et les mesures conservatoires y compris toute mesure extrajudiciaire. Certaines actions échappent cependant à l'interdiction ou à la suspension des poursuites. Ce sont d'abord les actions tendant à la reconnaissance de droits ou de créances contestés. Ce sont ensuite, les actions cambiaires dirigées contre les signataires d'effets de commerce autre que le bénéficiaire de la suspension des poursuites individuelles.

Comparé au règlement préventif au niveau des établissements de crédit, il en passe autrement. C'est d'ailleurs même l'article 89 de la Loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal qui nous renseigne sur le règlement préventif des établissements de crédit. Lorsqu'un administrateur provisoire a été désigné par le ministre chargé des finances, en application de l'article 60 de la présente loi, le syndic nommé par la juridiction compétente, dans le cadre d'un règlement préventif et d'un redressement judiciaire, sera spécialement chargé de la surveillance des opérations de gestion, en vertu de l'article 52, alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. La commission bancaire peut décider la mise sous administration provisoire d'un établissement de crédit, dans les cas prévus à l'article 31 de l'annexe à la convention régissant la commission bancaire, ou lorsque la gestion de l'établissement de crédit met en péril les fonds reçus en dépôt ou rend non liquides les créances de la banque centrale. Elle notifie sa décision au ministre chargé des finances qui nomme un administrateur provisoire auquel il confère les pouvoirs nécessaires à la direction, l'administration ou la gérance de l'établissement concerné²⁸.

Cette procédure préventive ne peut avoir lieu sans une observation des règles de procédure qui s'appuie sur l'intervention de certains organes jugés importants.

²⁸ V. art 60 AUPCAC

Paragraphe 2 : Les règles de procédure à respecter pour la prévention des difficultés

Au risque de ne pas violer les règles de procédure, différents organes interviennent (A), avant la saisine de la juridiction compétente (B).

A- Les différents organes intervenant dans la procédure de prévention des difficultés

Le règlement préventif est une procédure qui s'applique à une entreprise qui connaît certes des difficultés financières, mais dont la situation économique n'est pas encore irrémédiablement compromise. Le débiteur use de cette procédure dans le but de bénéficier de la suspension des poursuites individuelles. Ainsi compris, le règlement préventif permet d'éviter la cessation des paiements par le biais du concordat préventif.

Le règlement préventif de l'établissement de crédit est une mise en quarantaine car il intervient avant la cessation des paiements, avant la cessation d'activité. C'est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité d'une entreprise, et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif²⁹. Le règlement préventif est une procédure judiciaire et conflictuelle mais non collective. Il est ouvert par le juge sur demande du seul débiteur.

Le président de la juridiction, une fois saisi, désigne un expert chargé d'une manière générale d'effectuer une étude de faisabilité des solutions proposées par le débiteur dans le concordat préventif eu égard à la situation économique et financière de ce dernier³⁰.

Selon l'article 87 de la loi bancaire n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal, le représentant légal d'un établissement de crédit, qui envisage de déposer une requête aux fins d'ouverture d'une procédure de règlement préventif, doit, par lettre recommandée avec accusé de réception ou lettre remise contre récépissé, saisir la commission bancaire d'une demande d'avis préalablement à la saisine du président de la juridiction compétente. Cette demande comporte les pièces nécessaires à l'information de la commission bancaire. La commission bancaire donne par écrit son avis dans un délai d'un (1) mois à compter de la date de réception de la demande. L'avis est transmis par tout moyen au demandeur. La commission bancaire, une fois saisie, informe sans délai

²⁹ V. art 2 AUPCAP

³⁰ V. art 8 AUPCAP

l'organisme chargé de la gestion du système de garantie des dépôts et le ministre chargé des finances.

L'on constate qu'il y a là les conditions d'application du règlement préventif à l'établissement de crédit. Si le règlement préventif est applicable à l'établissement de crédit, il l'est dans des conditions spécifiques puisque les organes intervenants ne sont pas forcément les mêmes de ceux issus du droit commun OHADA.

Le règlement préventif concerne certes précisément la prévention des difficultés de l'entreprise, mais il faut au préalable saisir la juridiction compétente.

B- La saisine de la juridiction compétente

L'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif accorde au juge un rôle primordial dans les procédures collectives depuis l'ouverture de la procédure jusqu'à la décision de clôture³¹. Il faut relever que la juridiction compétente en matière des procédures collectives est celle dans le ressort de laquelle le débiteur personne physique a son principal établissement ou, s'il s'agit d'une personne morale, celle du lieu où est situé son siège social. Cependant, si le siège social est à l'étranger, la procédure se déroule devant la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le principal centre d'exploitation situé sur le territoire national.

Dès qu'il constate quelques difficultés financières et sans que ne soit encore intervenue l'état de cessation des paiements, le débiteur saisit par requête la juridiction en exposant sa situation économique et financière actuelle. Il présente alors les perspectives de redressement de l'entreprise et d'apurement de son passif. Au moment du dépôt de la requête et à peine d'irrecevabilité, le débiteur a l'obligation de déposer une offre de concordat préventif dans laquelle il indique les mesures et conditions qu'il entend mettre en œuvre en vue d'assurer le redressement de son entreprise.

Si le projet du concordat préventif lui paraît sérieux, le président de la juridiction compétente ouvre la procédure et désigne un expert au règlement préventif pour lui faire rapport de la situation financier et économique de l'entreprise débitrice et les perspectives

³¹ Session de formation transversale des magistrats, avocats et experts comptables du 08 - 11 juillet 2013 à Porto-Novo, rôle et responsabilité du juge et des autres organes intervenant dans les procédures collectives, ERSUMA Benin, p 8

de redressement, compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans le projet de concordat préventif³².

L'ouverture d'une procédure de règlement préventif instituée par l'AUPCAP, est relativement à un établissement de crédit, subordonnée à l'avis conforme de la commission bancaire de même, les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens, instituées par l'AUPCAP, ne peuvent être ouvertes à l'égard d'un établissement de crédit qu'après avis conforme de la commission bancaire. De ce fait, avant qu'il ne soit statué sur l'ouverture d'une de ces procédures à l'égard d'un établissement de crédit, le président de la juridiction compétente est tenu d'aller recueillir par écrit l'avis de la commission bancaire. C'est elle qui est habilitée à décider à ce sujet, compte tenu de la spécificité de l'entreprise bancaire.

³² V. art 8 de L'AUPCAP

Section 2 : L'application d'un régime particulier aux établissements de crédits pour la prévention des difficultés

Il est de l'essence de l'activité bancaire, que les banques accordent des crédits ou facilités financières à leurs clients. C'est du moins l'une des composantes essentielles de leurs activités. Dès lors qu'un établissement de crédit qui est une entreprise bancaire est en difficulté, de profondes répercussions s'ensuivent. Cependant, la commission bancaire est à ce titre appelé à mettre en place des règles qui limitent les conséquences désastreuses d'un évènement inattendu. Cette activité de crédit comporte des risques qui génèrent un régime préventif qui lui est propre (paragraphe 1). Il est donc apparu nécessaire de mettre l'accent aussi sur le caractère spécial de l'établissement de crédit comme société anonyme (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les mesures préventives propres à l'activité bancaire

Les situations pouvant mettre en péril l'équilibre comptable d'un établissement de crédit expliquent les raisons de l'installation des mécanismes prudentielles de celui-ci, afin de sécuriser l'argent des clients. Pour des soucis de faire disparaître toutes menaces, la loi bancaire tend à élargir au maximum les moyens de sécurité en imposant un dispositif prudentiel (A). Mais force est de constater que dans cet aspect l'ouverture des procédures collectives d'un établissement de crédit peuvent nécessiter en outre une recapitalisation (B).

A. La mise en œuvre des règles prudentielles

Au sein de l'espace UEMOA, la surveillance de l'entreprise bancaire est assurée conjointement par deux structures que sont la Commission bancaire et la Banque centrale des Etats de l'Afrique de l'ouest (BCEAO) et par le dispositif prudentiel entré en vigueur depuis le 1er janvier 2000. Les activités bancaires soient surveillées en permanence, ce qui fait qu'elles sont soumises à un dispositif important de surveillance du fait de la

règlementation prudentielle de l'UEMOA. Cette surveillance est beaucoup plus important surtout en période de difficulté.

Les normes de gestion prudentielles que doivent respecter absolument les établissements de crédit aussi bien en zone UEMOA qu'en zone CEMAC sont relatives :

- A la couverture des risques, visant à assurer la solvabilité de l'établissement, le rapport fonds propres sur risques doit atteindre au moins 8% ;

- Au coefficient de couverture des emplois à moyen et long terme par des ressources stables : destiné à préserver l'équilibre de la structure financière, il est fixé à un minimum, de 75% ;

- A la division des risques : le montant total des risques sur une même signature ne peut dépasser 75% des fonds propres effectifs et le volume global des risques atteignant individuellement 25% de ses fonds propres ne peut excéder huit (8) fois le montant de ces derniers ;

- A la liquidité : le rapport entre, d'une part, les actifs disponibles et réalisables ou mobilisables à court terme et, d'autre part, le passif exigible ou les ou les engagements susceptibles d'être exécutés à court terme doit être supérieur à 75% ;

- A la structure du portefeuille (destinée à mesurer la qualité des crédits distribués) : l'encours de crédit bénéficiant des accords de classement de la BCEAO doit représenter au moins 60% du total des crédits bruts par la banque³³.

La gestion est inappropriée ou non conforme aux règles de gestions prudentielles en vigueur ci-dessus décrites, lorsque l'établissement de crédit s'expose gravement à la faillite. Les autorités de contrôle de l'activité bancaire doivent prendre des mesures afin d'éviter la cessation des paiements et la faillite dont la survenance aura certainement une portée systématique pour l'ensemble du système bancaire³⁴.

³³ « Acte courant de la vie d'un établissement de crédit », guide bancaire de l'UEMOA, cité par FANSI M R T, Droit et pratique bancaire dans l'espace OHADA, op cite, p 354.

³⁴ FANSI M R T, Droit et pratique bancaire dans l'espace OHADA, op cite, p 354.

C'est aussi pourquoi, il nous a semblé nécessaire d'en faire un cadre de réflexion pour montrer en quoi le droit bancaire est ou n'est pas en harmonie avec le droit des sociétés commerciales tel que tracé par l'OHADA³⁵.

L'ouverture d'une procédure collective devient obligatoire pour l'établissement de crédit, dès lors qu'il n'est plus en mesure d'assurer ses paiements à terme rapproché. Cette anticipation de l'intervention du tribunal se justifie par les troubles causés par la défaillance d'une banque qui n'est plus en mesure de rembourser ses déposants. Ainsi, pour éviter des incompréhensions, ce mécanisme suppose qu'une autorité de contrôle connaisse de manière certaine l'imminence de la cessation des paiements³⁶. Même si la cessation des paiements telle qu'exigée par l'article 25 de l'AUPCAP et spécifiée par la loi bancaire reste la condition essentielle pour l'application des procédures collectives. A cet effet, il y a lieu de penser que les organes qui gèrent les procédures collectives des établissements de crédit ne soient pas les mêmes que ceux classiquement exigés. Les organes classiquement connus comme relevant des procédures collectives d'apurement du passif des sociétés commerciales sont relégués au profit d'autres spécifiquement créés dans le cadre des mesures ou procédures spéciales de sauvetage de ces banques. Ainsi, au titre des organes, ceux qu'on pourrait appeler « les intervenants d'office » sont constitués de la Commission bancaire (autorité de contrôle de la banque), dont l'avis est obligatoire pour l'ouverture de ces procédures spéciales, de l'administrateur provisoire nommé par le Ministre chargé des finances, de la Banque centrale elle-même qui est appelée à intervenir aussi.

L'applicabilité des procédures collectives aux établissements de crédit en de plus de la mise en œuvre des prudentielles, la recapitalisation peut être nécessaire à titre préventive

B. La recapitalisation préventive

³⁵ ZERBO M, les spécificités de la réglementation bancaire au regard du droit OHADA des sociétés commerciales, p 196

³⁶ GUYON Y., Droit des affaires, Tome 2, Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire- Faillite, 9^e éd. 2003, p. 140, cité par ZERBO M, les spécificités de la réglementation bancaire au regard du droit OHADA des sociétés commerciales, p 213.

La recapitalisation signifie une augmentation de capitaux propres dans le capital de l'établissement de crédit qui serait en manque.³⁷ Par ce mécanisme de l'établissement de crédit en proie à des difficultés financières procède alors à un renforcement de son capital pour rembourser tout ou partie de sa dette et sensibiliser ses comptes. Les fonds débloqués dans le cadre d'une opération de recapitalisation pour le redressement d'une banque appartiennent effectivement à cette dernière parce que apportés par ses propres actionnaires³⁸ à la différence des dépôts des clients ou emprunts auprès des autres établissements de crédits qui n'appartiennent pas à la Banque. La proportion des fonds débloqués dans le cadre de cette opération se situe généralement à 10 %.³⁹ Dans l'espace OHADA, les établissements de crédits en mauvaise posture financière font davantage recours à la recapitalisation pour assurer leur maintien en vie et d'éviter la mise sous administration provisoire de leur structure.

C'est dans cette logique que l'opération de renforcement des engagements financiers des actionnaires à l'égard de leur structure est connue sous le vocable de recapitalisation. C'est la raison pour laquelle que la doctrine précise que « *recapitaliser c'est augmenter les fonds propres d'une banque, c'est-à-dire l'argent qui, à la différence des dépôts des clients, des emprunts à d'autres établissements, n'appartient qu'à elle.* »⁴⁰

La recapitalisation est donc une mesure d'urgence et préventive envisagée pour parer à la faiblesse des fonds propres. C'est ainsi qu'on peut faire face à leurs difficultés financières notamment à la faiblesse de leur fonds propres, les banques africaines dans un contexte mondial encore dominé par les crises de *subprimes* ont dû recourir massivement à la fin de la décennie 2000, à la recapitalisation.

Lorsqu'un établissement de crédit est en proie à des difficultés financières, sa recapitalisation devient une nécessité impérieuse. C'est une procédure qui permet aux actionnaires voire aux promoteurs de l'établissement de crédit concerné, de ne pas perdre le contrôle ou la gestion de leur structure.

³⁷ Cette définition de la recapitalisation est donnée par le lexique des finances. Cf. www.vernimment.net, « Définition de recapitalisation », Octobre 2013.

³⁸ Il peut s'agir d'anciens ou nouveaux actionnaires.

³⁹ Cette proportion de 10% est relativement faible par rapport aux entreprises commerciales où le taux est de 40%, Cf. D. Lacoute-Labarthe, in www.libération.fr, « Recapitalisation, mode d'emploi » 22 Septembre 2011.

⁴⁰ Ibid.

Paragraphe 2 : Le régime spécial des établissements de crédit en tant que société anonyme

Les banques sont constituées sous forme de sociétés anonymes à capital fixe ou, par autorisation spéciale du ministre chargé des finances données après avis conforme de la commission bancaire, sous la forme de sociétés coopératives ou mutualistes à capital variable. Les établissements financiers à caractère bancaire sont constitués sous forme de sociétés anonymes à capital fixe, de sociétés à responsabilité limitée ou de sociétés coopératives ou mutualistes à capital variable⁴¹.

La banque est une société anonyme, spécifique pour laquelle le législateur a fixé des règles particulières dans laquelle s'applique la procédure d'alerte. Cette dernière est déclenchée par les commissaires aux comptes (A) ou par les associés (B).

A. Le déclenchement de l'alerte par le commissaire aux comptes

L'établissement de crédit est une société anonyme. Le commissaire aux comptes, dans une société anonyme et dans une société par action simplifiée, peut déclencher une procédure d'alerte en demandant par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommander avec demande d'avis de réception des explications au président du conseil d'administration, au président directeur général ou à l'administrateur général, selon le cas, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il a relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission⁴².

Dans le dispositif actuel de prévention détection, le déclenchement de l'alerte postule l'existence de faits ou données de nature diverse, au vu desquelles, l'agent de détection investi de ce droit décide de le mettre en mouvement. Il en est ainsi de l'alerte du commissaire aux comptes. La détection des difficultés requiert la confiance de tous les acteurs et plus particulièrement le commissaire aux comptes sur qui pèse principalement cette responsabilité au sein de l'entreprise.

⁴¹ V. art 30 et 31 de la loi de 2008 portant règlementations bancaires au Sénégal

⁴² V. art 154 AUSCGIE

Cette posture des établissements de crédit comme société anonyme fait que les difficultés pouvant affectées les établissements de crédit est partagés avec le commissaire aux comptes. Ce dernier a un positionnement important au cœur du dispositif de détection des difficultés. Le déclenchement de l'alerte doit intervenir lorsque la situation de l'entreprise, au regard de certaines données, notamment comptables, est exposé à un risque de défaillance à court, moyen ou long terme. Ce qui invite, en présence de tels faits inquiétants, à une réaction rapide et appropriée afin d'éviter la surprise d'une cessation de paiement. Les procédés d'alerte doivent être considérés comme des signes annonciateurs de la cessation des paiements. A ce titre, il faut que la procédure d'alerte soit rapide afin d'éviter un enlisement dans la continuité de l'exploitation⁴³. L'on dit souvent que la prévention est le gage d'une bonne évolution économique de toute entreprise. En effet, le renforcement de l'attractivité de l'alerte du commissaire aux comptes, principal acteur de cette mission dans l'espace OHADA, permettrait aux entreprises éligibles à cette technique de détection, d'éviter de subir une procédure collective.

Ce pouvoir chargé du commissaire aux comptes de mettre en œuvre l'alerte peut ne toujours permettre de prendre à temps toutes les initiatives qui pourraient être utiles pour l'entreprise en difficulté. Donc la logique voudrait une multiplication des organes chargés de mettre en œuvre les mécanismes d'alerte. Dans l'espace OHADA, la mise en œuvre des techniques d'alerte incombe à titre principal au commissaire aux comptes et de manière facultative et très limitée aux associés.

B. Le déclenchement de l'alerte par les associés

Dans une société anonyme, tout actionnaire peut deux (2) fois par exercice posé des questions au président du conseil d'administration, au président-directeur général ou à l'administrateur général, selon le cas, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le président du conseil d'administration, au président-directeur général ou à l'administrateur général, selon le cas, répond par écrit dans un délai de quinze (15) jours aux questions posées. Dans le même délai, il adresse copie de la question et de la réponse aux commissaires aux comptes⁴⁴.

⁴³ TOH A, La prévention des difficultés des entreprises: étude comparée de droit français et droit OHADA, HAL archives- ouverts.fr, 09 décembre 2015, p 362

⁴⁴ V. art 158 AUSCGIE

Les associés sont aussi des agents de détection des difficultés pouvant naître dans une entreprise. Ce pouvoir à leurs égards est toutefois compréhensible car les associés constitués importants dans la vie de la société. Les associés pourront écrire des questions dont les réponses sont communiquées au commissaire aux comptes.

Toutefois, les associés ne disposeraient pas de véritables pouvoirs en la matière. Sur ce, le renforcement des pouvoirs des associés devient une nécessité, en vue de doter les agents de détection de moyens de dépistage performants dans la lutte contre les défaillances de la société. En effet, en réduisant le droit d'alerte des associés à ses caractères facultatifs et limitatifs, les différents législateurs montrent clairement que la prévention des difficultés de la société dont ils sont les principaux pourvoyeurs, n'est pas de leur ressort. L'on voit à ce point que les associés sont relégués au second plan pour la détection des difficultés.

Leur intérêt à la survie de l'entreprise paraît supérieur à d'autres intérêts particuliers car ils sont à la base de la société. Ils devraient donc pouvoir bénéficier d'un contrôle permanent de la gestion de l'unité économique. Il est donc difficilement concevable que le pouvoir d'alerte des associés soit cantonné à de simples demandes d'explication aux dirigeants deux fois par exercice uniquement. A ce titre, il serait souhaitable de leur reconnaître le droit de déclencher l'alerte toutes les fois qu'ils constatent des faits de nature à constituer une rupture dans la continuité de l'exploitation. Une telle solution, tout en renforçant leur pouvoir d'alerte, leur permettrait de mieux veiller au bon fonctionnement économique et financier de l'entreprise. Cette mesure ne devrait pas pouvoir poser de difficultés d'application si elle est accompagnée d'une grande confidentialité.

En outre, à défaut de multiplier les possibilités d'alerte, on pourrait se contenter de renforcer la solution existante en rendant obligatoire le droit d'alerte des associés. Il s'agira dans une telle hypothèse de contraindre les associés à exercer leur pouvoir d'alerte dès qu'ils relèvent des faits inquiétants. On aboutira de la sorte à sanctionner l'omission dans le déclenchement de l'alerte. Les associés se sentiraient ainsi davantage intéressés au sauvetage de l'entreprise⁴⁵.

Après cette phase de prévention des difficultés, l'on pourrait s'intéresser sur le traitement des difficultés des établissements de crédit, une fois avérées.

⁴⁵ TOH A, La prévention des difficultés des entreprises: étude comparée de droit français et droit OHADA, HAL archives-ouverts.fr, 09 décembre 2015, p 374

CHAPITRE II : Le traitement hybride des difficultés avérées relatives aux établissements de crédit

Si le règlement préventif concerne précisément la prévention des difficultés de l'entreprise, il existe d'autres mesures qui ont trait plutôt à leur traitement. Il s'agit du redressement judiciaire et de la liquidation des biens qui prennent le relais lorsqu'on constate l'échec des mesures préventives. Bien entendu, le redressement judiciaire et la liquidation des biens n'ont lieu qu'après la constatation de la cessation des paiements.

Le traitement n'est ni plus ni moins que le processus conduisant à l'éradication des risques avérés ou latents. Il nous conduit à un processus s'inscrivant dans une logique de sauvetage ou d'assainissement des établissements de crédit en difficulté. Cette logique impose l'appréciation de la situation économique de l'établissement de crédit (section 1) et l'assainissement des établissements de crédit non viables (section 2).

Section 1 : L'appréciation de la situation économique de l'établissement de crédit

On a remarqué que 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. La procédure de règlement préventif, mise en place par l'Acte Uniforme sur les Procédures Collectives d'apurement du passif, qui s'applique aussi aux établissements de crédit, ne peut s'appliquer en premier lieu, qu'aux entreprises où la situation financière et économique n'est pas irrémédiablement compromise. Le particularisme bancaire dans le droit des procédures collectives impacte également sur la notion de cessation des paiements. Par voie de conséquence, la cessation des paiements applicable aux établissements de crédit est différente de celle prévue par le droit commun (A). Mais il faut préciser que le recours à la définition de droit commun devient nécessaire pour matérialiser la notion de cessation des paiements de l'établissement de crédit (B).

Paragraphe 1 : L'émergence d'une nouvelle définition de la cessation des paiements de l'établissement de crédit

L'établissement des mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'établissement de crédit, supposent que l'état financier et économique de l'entreprise promet des perspectives de sauvetage. L'établissement de crédit a donc des chances de survivre. Le redressement de l'établissement de crédit 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 et en tentant, avec beaucoup de réticences, d'aider à la recherche d'une thérapeutique efficace.

Tout compte fait, il y a lieu de questionner sur les facteurs de l'émergence de la définition de la cessation des paiements (A), et les effets pouvant en être noté (B).

A- Les facteurs de l'émergence de la définition de la cessation des paiements

La cessation des paiements telle qu'exigée par l'article 25 de l'AUPCAP est toutefois spécifique aux établissements de crédit, conformément à l'article 86 de la loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal.

Les procédures collectives sont ouvertes à tout débiteur en état de cessation des paiements. La cessation des paiements est l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où des réserves de crédit ou des délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permette de faire face à son passif exigible. Le débiteur en état de cessation des paiements doit faire une déclaration aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens quelle que soit la nature de ses dettes⁴⁶. Le redressement judiciaire est la procédure qui concerne les commerçants en état de cessation de paiement constaté par un tribunal. Ce règlement permet d'envisager un rétablissement de la situation ainsi que le paiement des créanciers. Cette procédure vise à réorganiser la situation juridique, financière et sociale de tout commerçant ou de toute personne morale de droit privé se trouvant dans l'impossibilité de faire face au passif

⁴⁶ V art 25 AUPCAP

exigible avec son actif disponible. Elle est destinée à la sauvegarde de l'entreprise lorsque la situation le permet, et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement. En fait, elle permet la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Le concordat qui trouve sa raison d'être dans le sauvetage de l'entreprise, est un accord dont la finalité est de faciliter le paiement des créances en envisageant soit un règlement intégral et échelonné des créances, soit un paiement immédiat mais partiel. L'appréciation du caractère sérieux de la proposition de concordat intervient dès le jugement d'ouverture. Le concordat est voté s'il est accepté par la majorité des créanciers admis définitivement ou à titre provisoire, représentant la moitié au moins du total des créances⁴⁷.

Nonobstant les dispositions de l'article 25 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, sont en état de cessation des paiements, les établissements de crédit qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché⁴⁸. La cessation des paiements d'un établissement de crédit est perçue comme le moment où il n'est plus en mesure de restituer, immédiatement ou à terme rapproché, les fonds qu'il a reçus du public dans les conditions législatives, réglementaires ou contractuelles applicables à leur restitution.

Le particularisme juridique de l'activité bancaire, le particularisme économique de l'activité économique et le particularisme comptable de l'activité bancaire semblent constitués les facteurs de la définition assez particulière de la cessation des paiements des établissements de crédit. Le particularisme juridique de l'activité bancaire renvoie aux singularités de son environnement réglementaire et législatif, la nature des opérations de banque et l'incidence de chacune sur une définition pertinente de la cessation de paiements d'un établissement de crédits. Seuls les organismes dotés du statut d'établissement de crédits peuvent réaliser des opérations de banque à titre habituel. Il est ainsi de leur compétence exclusive de recevoir des fonds du public, de réaliser des opérations de crédits et de mettre à disposition de leur clientèle ou de gérer des moyens de paiement.

Le particularisme économique, c'est du fait que l'activité bancaire ou la banque ne peut être assimilée à une entreprise industrielle, elle n'achète pas des matières premières qu'elle transforme en produits finis ou manufacturés. Les fonds sont reçus du public pour être

⁴⁷ Session de formation transversale des magistrats, avocats et experts comptables 08 - 11 juillet 2013 à Porto-Novo, ERSUMA-BENIN, p 3 et 4.

⁴⁸ V art.86 de la loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal

ensuite mis à la disposition du public, ce sont les mêmes fonds qui sont employés en amont et en aval de l'activité bancaire. C'est pourquoi, on les compare parfois à des entreprises qui achèteraient pour revendre en l'état des biens.

L'on peut aussi confirmer qu'avec le particularisme comptable, le plan comptable bancaire est distinct du plan comptable général qui s'applique aux autres commerçants. L'intitulé des comptes est différent, la présentation des états financiers et notamment celle du bilan est fort différente : les actifs et les passifs bancaires sont classés du plus liquide au moins liquide alors que la présentation est inverse dans le plan comptable général, ce qui montre à loisir la place échue à la liquidité bancaire.

C'est dans la même hypothèse aussi qu'on verra les effets de cette définition particulière de la notion de cessation des paiements des établissements de crédit.

B- Les effets de la définition particulière de la cessation des paiements des établissements de crédit

Dans la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, la juridiction compétente désigne le juge commissaire parmi les juges du siège de la juridiction saisie, à l'exclusion de son président sauf si celui est unique. Elle peut également s'il estime nécessaire de nommer un juge commissaire suppléant. La juridiction compétente désigne le ou les syndics sans que leur nombre ne puisse excéder trois (3)⁴⁹.

Le juge commissaire veille sous l'autorité de la juridiction compétente au déroulement régulier et rapide de la procédure de redressement judiciaire et de liquidation des biens, à la protection des intérêts en présence et l'atteinte des objectifs poursuivis. Il recueille tous les informations qu'il juge utile⁵⁰. La mission du syndic dans le déroulement de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens s'exerce sous le contrôle du juge commissaire. Le syndic a l'obligation de remettre un rapport écrit sur sa mission et sur le déroulement de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidations des biens au juge commissaire une (1) fois au moins tous les deux (2) mois et dans tous les cas, chaque fois le juge commissaire le lui demande⁵¹.

⁴⁹ V art 35 AUPCAP

⁵⁰ V art 39 et 40 AUPCAP

⁵¹ V art 43 AUPCAP

Par ailleurs, il serait quand même étonnant que les organes qui gèrent les procédures collectives des établissements de crédit soient les mêmes que ceux du droit commun classique. Les procédures collectives ne peuvent réaliser les finalités poursuivies qu'avec le concours des organes mis en place par le jugement d'ouverture ou à compter de celui-ci. Il s'agit des organes judiciaires composés de la juridiction compétente, du juge commissaire et du ministère public, puis du syndic et enfin des organes des créanciers que sont l'assemblée des créanciers et les contrôleurs.

Dans les établissements de crédit, ces organes sont constitués de la commission bancaire, dont l'avis est obligatoire pour l'ouverture de ces procédures spéciales, de l'administrateur provisoire nommé par le ministre chargé des finances de la banque centrale. L'immixtion de la commission bancaire dans une procédure relevant du droit commercial. La commission bancaire est le seul organe capable de connaître la situation financière d'un établissement de crédit et donc de constater ou de faire constater une cessation de paiements anticipée car il est l'unique destinataire de ces informations confidentielles. La commission bancaire peut être saisie à l'initiative des dirigeants de l'établissement de crédit mais aussi de la commission qui peut se saisir elle-même. Ce pouvoir exorbitant et inhabituel au regard des principes classiques de la procédure rappelle étrangement le pouvoir de saisine du tribunal en droit des procédures collectives.

Selon la loi portant réglementation bancaire, la Commission bancaire peut décider de la mise sous administration provisoire d'un établissement de crédit, dans deux types de situation. Il en est ainsi, lorsque celui-ci estime ne plus être en mesure d'exercer normalement ses fonctions, et lorsque la gestion de l'établissement de crédit met en péril les fonds reçus en dépôt ou rend non liquides les créances de la Banque centrale. Dans de tels cas, la commission notifie alors sa décision au ministre chargé des finances qui nomme par voie réglementaire¹, un administrateur provisoire auquel il confère les pouvoirs nécessaires à la direction, l'administration ou la gérance de l'établissement concerné⁵².

Il est impossible de donner la définition matérielle de la cessation des paiements des établissements de crédit sans faire recours à la définition de droit commun.

⁵² ZERBO M, les spécificités de la réglementation bancaire au regard du droit OHADA des sociétés commerciales, p 215 et 216.

Paragraphe 2 : Le recours nécessaire à la définition de la cessation des paiements de droit commun

Les difficultés économiques ou financières du débiteur peuvent être plus sérieuses et aboutir à la cessation des paiements. Dans cette posture, la juridiction compétente, sur avis de la commission bancaire peut prononcer le redressement judiciaire, si elle constate que le débiteur est en cessation de paiement. Cette dernière, est définie certes par la loi de 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal, mais l'appui sur certains éléments retenus par la définition de cessation des paiements de droit commun devient une obligation pour caractériser cette notion. Parmi ces derniers, il y a lieu de souligner le cas de l'évaluation de l'actif (A) et la détermination du passif (B).

A. L'évaluation de l'actif

L'établissement de crédit en état de cessation des paiements doit être soumis, soit à la procédure de redressement judiciaire, soit à la procédure de liquidation des biens selon la gravité de la difficulté. Lorsqu'elle est en état de cessation des paiements et qu'elle est soumise à la procédure de redressement judiciaire, l'établissement de crédit a nécessairement besoin d'une reconstitution de fonds propres afin de surmonter ses difficultés. Avant d'en arriver à ce niveau, il doit constater l'état de cessation des paiements, qui ne peut se faire sans une évaluation de l'actif.

Il ressort de l'article 25 de l'AUPCAP que le débiteur doit être en état de cessation de paiement pour être admis au redressement judiciaire ou en liquidation de biens. Ce texte évoquant la cessation des paiements précise que le débiteur est en cessation de paiement lorsqu'il est « dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible ». L'état de cessation des paiements est ainsi établi à partir de la confrontation ou comparaison entre deux masses : le passif exigible constitué de l'ensemble des dettes échues, liquides et exigibles, à l'exclusion des dettes contestées et l'actif disponible composé des actifs disponibles à court terme (comme les espèces en caisse, les soldes bancaires, les effets de commerce échus, les créances à vue, etc.). La nature des dettes est indifférente. Ainsi, le débiteur est en situation de cessation des paiements lorsqu'il est dans l'impossibilité d'honorer ses échéances ou s'il fait face à celles-ci par l'emploi de moyens ruineux et frauduleux. En effet, la cessation des paiements est considérée comme « l'état

où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible ». Dans l'analyse de l'actif disponible, on constate donc que la notion de liquidité est complétée ou suppléée par la référence faite au critère de la réserve de crédit et moratoires. Cette réserve dont peut immédiatement bénéficier le débiteur devient alors un élément décisif de son actif disponible exclusif de toute cessation des paiements⁵³.

Le deuxième terme de la cessation des paiements est l'actif disponible. Il comprend l'ensemble des liquidités en caisse et en compte en banque, ainsi que le réalisable susceptible d'une conversion immédiate en disponible. Le critère de liquidité consacré par la jurisprudence, comme la composante principale de l'actif disponible, a, en effet, une signification plus juridique que comptable. Il intègre, tout d'abord, la trésorerie⁵⁴, mais aussi les liquidités de « nature bancaire ». La prise en compte de ces liquidités s'effectue dans le contexte de la situation d'ensemble de l'entreprise. Avec quelques réserves, on peut même considérer que les effets de commerce peuvent entrer dans la composition ou dans l'évaluation de l'actif disponible. En plus, des effets de commerce peuvent être escomptés sans pour autant être forcément honorés. En la matière, l'appréciation des juges du fond peut être délicate. Il est également possible d'inclure dans l'actif disponible les créances dont la mobilisation a été acceptée. En ce domaine, le rôle des banquiers de l'entreprise apparaît essentiel, sans compter les risques de responsabilité éventuels. Leur attitude ne sera pas sans être suspectée : s'ils refusent la mobilisation des créances, l'entreprise peut être déclarée en cessation des paiements ; s'ils l'acceptent, la solution inverse pourra être retenue. Ainsi, des créances « mobilisables » même à court terme ne peuvent être prises en compte dans l'actif disponible.

La cessation des paiements, telle édictée par la loi de 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal, pose quand même le problème de sa caractérisation. Il apparaît donc de rebattre sur l'AUPCAP pour l'évaluation de l'actif. Tout compte fait, retenons que cette

⁵³ Cette nouvelle rédaction consacre, comme pour l'article L. 631-1 du Code de commerce (français), la jurisprudence de la Cour de cassation et facilite la preuve par le débiteur du défaut de cessation des paiements le rendant éligible aux procédures préventives. Sur la nécessité de prouver les réserves de crédit, Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-13625, D. 2011, p. 591.

⁵⁴ V. J. Stoufflet, La trésorerie : existe-t-il une notion juridique ?, RJ com. 1989, p. 26, La trésorerie et le financement des entreprises, n° spécial. V. Cass. com., 30 janv. 1990, RJ com. 1990, p. 373, n° 94, obs. Gallet.

évaluation de l'actif des établissements de crédit constitue un pas important pour la commission bancaire de continuer l'activité bancaire.

Le rôle de la commission bancaire dans la poursuite de l'activité bancaire est donc de protéger l'intérêt général et les divers intérêts particuliers qui sont en jeu. En effet, la faillite d'un établissement de crédit peut avoir des effets très importants sur la situation des autres établissements de crédit mais aussi sur les autres secteurs de l'économie. La défaillance d'une seule banque peut entraîner la perte de confiance dans l'ensemble du système bancaire.

En cas de redressement judiciaire, l'une des objectifs serait aussi de déterminer le passif.

B. La détermination du passif

Il serait intéressant de se rappeler que les établissements de crédit disposent donc d'un pouvoir économique qui va bien au-delà de la production de richesses mais qui participe de la circulation des richesses dans le pays. Ce rôle joué par les établissements de crédit dans la circulation de richesses est encore plus visible lorsqu'ils collectent de l'épargne et octroient des crédits. La collecte de fonds du public par les établissements de crédit est d'ailleurs même l'une de leur mission essentielle: sans épargne, il n'y a pas d'investissement et de vision à long terme dans une économie. Les établissements de crédit permettent de mettre en relation l'épargne des agents économiques et la volonté d'entreprendre des entrepreneurs.

La notion de passif exigé est d'ailleurs une notion bien trop fluctuante pour être employée : elle dépend en fait de la confiance qu'ont les déposants dans la capacité des établissements de crédit à restituer les fonds qui ont été déposés chez eux. La confiance joue ici un rôle majeur. Si elle est présente et nécessaire dans toutes les relations économiques, elle est indispensable au bon fonctionnement des banques. Un établissement de crédit qui n'inspire pas confiance ne pourra plus continuer son activité et sera bien vite mis en cessation de paiements : La défiance des déposants les pousse à retirer leur argent et prive l'établissement de crédits de matière première. Faute d'argent, il ne peut plus effectuer les autres opérations de banque comme l'octroi de crédits ou la gestion de moyens de paiement.

Ainsi, pour mettre aux établissements de crédits d'évaluer l'actif disponible, la version retenue par l'AUPCAP est prise en compte. Il est clair que le premier terme de la cessation des paiements est donc le passif exigible. La doctrine semble unanime pour admettre que le passif exigible est synonyme de passif échu. Cette interprétation est conforme aux précisions apportées. Le passif échu doit être distingué de la notion comptable de passif à court terme. À cet égard, la définition consacrée renoue avec les solutions traditionnelles de la jurisprudence, en ce sens que le passif non exigé, bien qu'exigible, peut ne pas être pris en considération en raison de la « tolérance » manifestée par tel ou tel créancier. Cette interprétation suppose quelques tempéraments.

La « tolérance » affichée par le ou les créanciers doit être appréciée diversement. En effet, si ceux-ci ont la claire intention de procurer un certain crédit à l'entreprise, la cessation des paiements peut ne pas être constituée. Tel est le cas lorsque le créancier consent explicitement⁵⁵ ou implicitement des délais⁵⁶. En revanche, s'il y a simplement un « laxisme » de la part des créanciers, il convient de retenir une solution inverse, eu égard à l'appréciation de la situation financière de l'entreprise. Ainsi ne peuvent par exemple être considérés comme des créances exigibles les soldes créditeurs des comptes courants d'associés alors que leurs titulaires n'ont à aucun moment manifesté l'intention de clôturer les comptes ; ce crédit dont bénéficie l'entreprise doit être intégré dans la notion d'actif⁵⁷.

Cette instance de détermination du passif semble toutefois être reliée au règlement des créanciers. Dès qu'il est décidé l'ouverture des procédures collectives, une grande réaction des créanciers survient en vue de la protection de leurs intérêts. Cet engagement fort des créanciers renvoie en quelque sorte à une importance cruciale, car occasionnant le règlement de leurs créances. Cette manifestation révélée des créanciers, qui prouve toute leur intention de ne pas subir le malheur des procédures collective, rime avec la finalité des procédures collectives.

L'une des finalités principales des procédures collectives est la préservation des intérêts des créanciers. La première finalité des procédures collectives est le paiement des créanciers. La procédure est donc organisée en grande partie pour y donner satisfaction. En conséquence, les créanciers jouaient un rôle important dans ces procédures quant- au règlement de leurs créances.

⁵⁵ Cass. com., 20 janv. 1990.

⁵⁶ Cass. com., 22 févr. 1994, JCP E 1995, II, 699, note L. Lévy.

⁵⁷ CA Aix-en-Provence, 16 avr. 1985, D. 1987, somm., p. 389, obs.

Il s'agit d'obtenir le paiement des créanciers dans les meilleures conditions possibles, c'est-à-dire le meilleur paiement, qui donne le dividende le plus élevé possible dans le délai le plus bref possible, en instaurant entre eux une discipline collective et une certaine égalité et solidarité dans le malheur. Mais il s'agit d'une égalité et d'une solidarité relatives. En effet, les créanciers munis de sûretés ou bénéficiant d'un droit de préférence sont en quelque sorte plus égaux que les autres car ils ont de meilleures chances de désintéressement ou de paiement. Un auteur avisé a d'ailleurs souligné la précarité de la situation des créanciers chirographaires qu'il compare à de « misérables fantassins par rapport aux blindés représentés par les créanciers munis de sûretés dans le combat des dividendes »⁵⁸.

Ce règlement des créanciers a une importance capitale dans les procédures collectives des établissements de crédit. En effet, le président de la commission bancaire peut, en tant que de besoin, inviter les actionnaires, associés ou sociétaires d'un établissement de crédit en difficulté, à apporter leur concours à son redressement. Il peut, en outre, inviter l'ensemble des adhérents de l'association professionnelle des banques et établissements financiers à examiner les conditions dans lesquelles ils pourraient apporter leur concours au redressement de l'établissement de crédit⁵⁹.

La question se pose donc à savoir, quand est-ce que la commission bancaire prononcera la procédure de liquidation des biens d'un établissement de crédit.

Section 2 : En cas d'absence de possibilité de redressement et de règlement du passif

Les procédures collectives poursuivent la sauvegarde ou le sauvetage des entreprises redressables. Il y a lieu de mentionner que, pour de nombreuses causes, le redressement judiciaire peut être converti en liquidation des biens. Cependant, contrairement à la finalité du redressement judiciaire, la liquidation des biens de l'établissement de crédit tend à sa disparition. Dès que le constant est réel pour liquider l'établissement de crédit, la

⁵⁸ C. GAVALDA, J. C. P., 1973, II, 17371, cité par SAWADOGO F M, Le droit OHADA des entreprises en difficulté, prévention, procédures collectives, sanctions, 8 février 2010, p 7.

⁵⁹ V art 64 de la loi de 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal

procédure est déclenchée (paragraphe1) avant d'aboutir à la réalisation de l'actif de l'établissement de crédit (paragraphe2).

Paragraphe 1: La procédure de liquidation des biens de l'établissement de crédit

La liquidation des biens est orientée vers la réalisation de l'actif du débiteur afin de payer les créanciers sur le produit. Lorsque le montant de l'actif a été rendu liquide, le juge commissaire ordonne la répartition entre les créanciers admis et le syndic adresse le règlement à chaque créancier. A la clôture de la procédure, les créanciers dont les créances avaient été admises et qui n'ont pas été intégralement désintéressés, obtiennent un titre exécutoire. Ils recouvrent leur droit de poursuites individuelles qui ne leur servira bien sûr que si le débiteur revient à meilleure fortune.

Cette procédure ne peut produire ses fruits dans un établissement de crédit si seulement les conditions d'ouverture ont été respectées (A), mais elle est traitée par des organes qui sont indispensables à sa bonne marche (B).

A. Les conditions d'ouverture de la liquidation des biens de l'établissement de crédit

L'AUPC révisé n'a pas effectué des changements vis-à-vis du concordat proposé par le débiteur pour l'ouverture de la procédure de liquidation des biens. Il maintient, en effet, l'ancien système comme règle de principe, c'est-à-dire que le redressement judiciaire est prononcé si le débiteur a fait une proposition de concordat sérieux ou s'il apparaît qu'un tel concordat a des chances sérieuses d'être obtenu, sinon c'est la liquidation des biens. Par exception, si l'entreprise lui paraît redressable par la voie d'une cession globale, l'AUPC prévoit que la juridiction compétente prononce l'ouverture d'un redressement judiciaire. La liquidation des biens est la situation du débiteur dont la cessation de paiement a été établie par le tribunal et qui n'a pas pu obtenir le redressement judiciaire.

Le but de la liquidation des biens est de démantelé juridiquement l'établissement de crédit déjà entré en cessation des paiements et dont le redressement s'avère pratiquement impossible. Il faut préciser que l'ouverture de la liquidation est ainsi fondée sur la constatation de la cessation des paiements de tout établissement de crédit, qui ne présente

plus aucune opportunité de redressement. En l'absence de toute mesure de redressement, la cessation des paiements est constatée et donne ainsi droit à l'ouverture de la liquidation de l'établissement de crédit. La constatation de la cessation des paiements conduit à l'ouverture de la liquidation lorsqu'il n'y a aucune lueur de redressement ⁶⁰.

C'est une procédure applicable à tout débiteur, commerçant, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé se trouvant en cessation des paiements et dont le redressement devient impossible. La liquidation a pour but de mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur dont la situation est telle qu'elle ne permet plus d'espérer son redressement, par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens : la conséquence logique est qu'un syndic est nommé pour vendre les biens, récupérer les créances et payer les dettes. Une amélioration de la procédure nous est fournie par l'article 25 alinéa 5 qui offre au débiteur, au moment du dépôt de sa requête, de choisir entre le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Par ailleurs, l'article 27 alinéa lui permet de déposer un projet de concordat dans un délai de 60 jours à compter de la requête.

Selon l'article 33 de l'AUPCAP, la juridiction compétente qui constate la cessation des paiements prononce soit l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire soit de liquidation des biens. Elle prononce l'ouverture du redressement judiciaire sous deux conditions : s'il lui paraît que le débiteur a proposé un concordat sérieux, ou qu'un tel concordat a des chances sérieuses d'être obtenu ; ou si une cession globale est envisageable.

Dans le cas contraire, elle prononce l'ouverture de la liquidation des biens. Dans la décision prononçant la liquidation des biens, la juridiction compétente fixe le délai au terme duquel la clôture de la procédure est examinée, sans que ce délai puisse être supérieur à dix-huit (18) mois après l'ouverture de la procédure. Si la clôture de la procédure ne peut être prononcée au terme de ce délai, la juridiction compétente peut proroger le terme de six (06) mois, une seule fois, après avoir entendu les justifications du syndic, par une décision spécialement motivée. A l'expiration de ce délai, la juridiction compétente prononce la clôture de la liquidation des biens, d'office ou à la demande de tout intéressé.

La commission bancaire peut décider la mise en liquidation d'un établissement de crédit ou d'une entreprise, dans les cas prévus à l'article 32 de l'Annexe à la Convention régissant la

⁶⁰ FANSI M R T, Droit et pratique bancaire dans l'espace OHADA, op cite, p 366 & 368.

commission bancaire. Elle notifie sa décision au ministre chargé des finances de l'Etat concerné qui nomme un liquidateur auprès de l'établissement de crédit ou de l'entreprise concerné. Le liquidateur est désigné, dans un délai maximal de 7 jours calendaires à compter de la date de réception par le ministre chargé des Finances de ladite décision, sur une liste dressée à cet effet par la commission bancaire. Le liquidateur nommé auprès d'un établissement de crédit, au lieu de son siège social, organise la liquidation des succursales dudit établissement établies dans les autres Etats membres de l'UMOA, en cas d'extension à celles-ci du retrait d'agrément de la maison mère, en application des dispositions de l'articles 23, alinéa premier de la présente loi⁶¹.

La procédure de liquidation des biens peut également être ouverte à l'égard des établissements de crédit qui ont fait l'objet d'un retrait d'agrément par le ministre chargé des finances et dont le passif envers les tiers, à l'exception des dettes qui ne sont remboursables qu'après désintéressement complet des créanciers chirographaires, est effectivement supérieur à l'actif net diminué des provisions devant être constituées. La liquidation des biens est prononcée par l'autorité judiciaire compétente sur saisine du liquidateur nommé par le ministre chargé des finances. Le syndic, désigné par la juridiction compétente en application de l'article 35 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, procède à l'inventaire des actifs, aux opérations de liquidation, à l'exclusion du fonds de commerce de l'établissement de crédit, ainsi qu'aux licenciements, dans les conditions prévues au Titre 2 dudit Acte. Il est assisté par le liquidateur nommé par le ministre chargé des finances⁶².

Mais retenons que cette procédure de liquidation est menée par des organes habilités.

B. Les organes de la liquidation des biens de l'établissement de crédit

Il s'agit ici, de voir les personnes qui interviennent dans la procédure de liquidation des établissements de crédit qui sont les organes de la liquidation. Les uns sont chargées de prononcer l'ouverture du mécanisme tandis que les autres sont chargées du contrôle et de l'exécution des opérations définies. La procédure mise en place en droit bancaire dans les deux sous régions CEMAC et UEMOA est dérogatoire par rapport à celle qui est prévue

⁶¹ V art 62 de la loi de 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal

⁶² V art 91 et art 92 de la loi de 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal.

par l'acte uniforme OHADA sur les procédures collectives. De ce fait, la demande d'ouverture de la procédure d'administration provisoire et de la liquidation n'émane pas des dirigeants de l'établissement de crédit. L'initiative de la liquidation de l'établissement de crédit émane plutôt des organes de supervision et de contrôle de l'activité bancaire. La commission bancaire est, en effet, juge de l'opportunité du maintien en vie ou de la mise en liquidation d'un établissement de crédit. Quant- aux organes, chargés de l'exécution de la liquidation, ce sont le liquidateur qui est nommé par la commission bancaire, le syndic ou le liquidateur judiciaire⁶³.

Le banquier est un commerçant professionnel de l'argent et le droit bancaire est avant tout le droit d'une profession, d'où une certaine spécificité de la banque en tant qu'entreprise. Cette spécificité se ressent même au niveau des organes lors de la procédure de liquidation d'un établissement de crédit.

Les organes classiquement connus comme relevant des procédures collectives d'apurement du passif des sociétés commerciales sont les organes judiciaires composés de la juridiction compétente, du juge commissaire⁶⁴, du ministère public⁶⁵ et du syndic⁶⁶ qui jouent un rôle très important. Il y a aussi les organes des créanciers qui sont l'assemblée des créanciers et les contrôleurs. On pourrait dans une certaine mesure citer l'expert nommé pour apprécier la situation du débiteur dans le cadre du concordat amiable du règlement préventif.

Toutefois, ces procédures collectives d'apurement du passif des sociétés commerciales sont reléguées au profit d'autres spécifiquement créés dans le cadre des mesures ou procédures spéciales des établissements de crédit. Ces organes sont constitués de la commission bancaire qui est une autorité de contrôle de la banque, de l'administrateur

⁶³ FANSI M R T, Droit et pratique bancaire dans l'espace OHADA, op cite, p 370, 371, 372.

⁶⁴ Pour trancher les inévitables conflits d'intérêts, le tribunal assure une place prépondérante. Il est assisté dans cette fonction par le juge commissaire. Dans ce cadre, les organes judiciaires sont amenés à prendre des décisions selon leur importance. Ces décisions sont prises par le tribunal tout entier ou le juge commissaire seul.

⁶⁵ Le Ministère public participe à l'œuvre de justice et peut être rattaché aux organes judiciaires même si sa fonction ne consiste pas à rendre des décisions juridictionnelles. Les procédures collectives intéressent le Ministère public du fait de la place qu'elles font à l'intérêt général et à l'ordre public. Ainsi, depuis des décennies, l'on considère que la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité, de l'emploi, et l'apurement du passif intéressent les pouvoirs publics en raison de leur impact sur d'autres entreprises et sur l'ensemble de l'économie. Le Ministère public peut se faire communiquer à toute époque de la procédure, tous les actes, livres ou documents se rapportant aux procédures collectives d'apurement du passif et en sens inverse. Il communique, même d'office, les renseignements utiles à l'administration de la procédure collective et provenant de toute procédure pénale.

⁶⁶ Le législateur OHADA a permis l'expression de l'ensemble des intérêts affectés par la défaillance de l'entreprise. Cette expression est confiée à des organes. C'est ainsi que l'intérêt de l'entreprise, l'intérêt collectif des créanciers, l'intérêt général ou l'intérêt des salariés s'expriment respectivement par la voix du syndic, de la masse, de l'ensemble des créanciers et des contrôleurs.

provisoire nommé par le ministre chargé des finances de la banque centrale elle-même qui est appelée à intervenir dans une certaine mesure ne serait-ce que pour recevoir et apprécier les rapports sur l'évolution ou la fin des opérations de liquidation. Enfin, il est parfois prévu que l'organe chargé de la gestion du système de garantie des dépôts soit saisi dans ce cadre. La procédure de liquidation des établissements de crédit elle-même, exige en premier lieu, la nomination d'un liquidateur au lieu du siège social dudit établissement de crédit. Mais, comme dans le cadre de la procédure de mise sous administration provisoire, il n'est pas exclu qu'à l'occasion cette procédure de liquidation, on puisse recourir à un liquidateur secondaire pour les filiales installées sur le territoire des autres Etats membres de l'UEMOA.⁶⁷

En cas d'ouverture ou de prononcé d'une procédure de liquidation des biens à l'égard d'un établissement de crédit, la commission bancaire prend une décision pour le retrait d'agrément et la mise en liquidation dudit établissement. Elle notifie sa décision au ministre chargé des finances qui nomme un liquidateur, conformément aux dispositions de l'article 62 de la présente loi. Celui-ci procède à la liquidation du fonds de commerce de l'établissement de crédit. Il assiste le syndic dans la liquidation des autres éléments du patrimoine de la personne morale.

La commission bancaire peut décider la mise en liquidation d'un établissement de crédit ou d'une entreprise, dans les cas prévus à l'article 32 de l'annexe à la convention régissant la commission bancaire. Elle notifie sa décision au ministre chargé des Finances de l'Etat concerné qui nomme un liquidateur auprès de l'établissement de crédit ou de l'entreprise concerné. Le liquidateur est désigné, dans un délai maximal de 7 jours calendaires à compter de la date de réception par le ministre chargé des Finances de ladite décision, sur une liste dressée à cet effet par la commission bancaire⁶⁸.

Pendant la durée de la liquidation, l'établissement de crédit concerné demeure soumis au contrôle de la commission bancaire. Il ne peut effectuer que les opérations strictement nécessaires à l'apurement de sa situation. Il doit préciser dans tous ses documents et ses relations avec les tiers qu'il est en cours de liquidation. Toute somme reçue par le liquidateur, dans l'exercice de ses fonctions, est immédiatement versée dans un compte ouvert à cet effet dans un établissement de crédit ayant son siège social en République du

⁶⁷ ZERBO M, les spécificités de la réglementation bancaire au regard du droit OHADA des sociétés commerciales, p 214 et 215.

⁶⁸ V art 62 de la loi de 2008 portant réglementation de la loi bancaire au Sénégal

Sénégal. En cas de retard, le liquidateur doit, pour les sommes qu'il n'a pas versées, payer des intérêts au taux de pension de la banque centrale. Le liquidateur doit présenter au ministre chargé des finances ainsi qu'à la commission bancaire et à la banque centrale, au moins une fois tous les 3 mois, un rapport sur l'évolution des opérations de liquidation et, au terme de la liquidation, un rapport circonstancié sur celle-ci. Il procède à la reddition des comptes. Il est responsable des documents qui lui ont été remis au cours de la procédure pendant 5 ans à compter de cette reddition.⁶⁹

Le respect de l'intervention de ces organes devient une solution pour enfin passer à la réalisation de l'actif de l'établissement de crédit.

Paragraphe 2 : La réalisation de l'actif de l'établissement de crédit

Le déroulement de liquidation des biens fait intervenir une série de règles, de principes et de techniques dont la mise en œuvre conduit logiquement à la solution de la procédure.

Les modalités de la liquidation des biens s'accordent parfaitement avec sa finalité qui consiste à réaliser les actifs pour apurer le passif. L'effet qu'on pourrait qualifier le plus de la procédure de liquidation des biens, pourrait correspondre à l'apurement du passif (B). Cet objectif qui mène à la finalité de la liquidation des biens est précédé de la situation irrémédiablement compromise de l'établissement de crédit (A).

A. La situation irrémédiablement compromise de l'établissement de crédit

L'ouverture des procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens reste subordonnée à la constatation d'un état de cessation des paiements dont le concept a été nouvellement défini. Dans l'Acte uniforme originel, la rédaction de l'article 25, alinéa 1er, semble faire référence à une appréciation comptable et financière de l'état de cessation des paiements. À la différence de cet acte, la nouvelle rédaction offre une définition plutôt dynamique de la notion.

En effet, la cessation des paiements est considérée comme « l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à

⁶⁹ V art 96, 97 et 98 de la loi de 2008 portant réglementation de la loi bancaire au Sénégal

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 ». Dans l'analyse de l'actif disponible, on constate donc que la notion de liquidité est complétée ou suppléée par la référence faite au critère de la réserve de crédit et moratoires. Cette réserve dont peut immédiatement bénéficier le débiteur devient alors un « élément décisif de son actif disponible exclusif de toute cessation des paiements »⁷⁰.

Cette situation est différente de celle non irrémédiablement compromise de l'établissement de crédit, qui est elle-même contraire à la cession des paiements.

La situation financière difficile non irrémédiablement compromise est une notion juridico-économique, qui correspond au constat du 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. 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 fournisseurs⁷¹.

Nous remarquons que la procédure de liquidation des biens semble être dotée d'un régime qui lui permet théoriquement d'atteindre sa finalité, celle de payer les créanciers par la réalisation des actifs du débiteur. Elle est donc dominée par la logique de la disparition de l'entreprise. Toutefois, l'élément perturbateur à ce niveau est qu'au plan judiciaire on observe que la plupart des procédures sont clôturées pour insuffisance d'actif, ce qui pose en filigrane la question de son efficacité⁷². Contrairement au redressement judiciaire qui est une procédure collective destinée au sauvetage de l'entreprise débitrice en cessation des paiements mais dont la situation financière n'est pas irrémédiablement compromise, et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement; la liquidation des biens est une procédure collective destinée à la réalisation de l'actif de l'entreprise

⁷⁰ Cette nouvelle rédaction consacre, comme pour l'article L. 631-1 du Code de commerce (français), la jurisprudence de la Cour de cassation et facilite la preuve par le débiteur du défaut de cessation des paiements le rendant éligible aux procédures préventives. Sur la nécessité de prouver les réserves de crédit, Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-13625, D. 2011. p. 591., droit & patrimoine n°253 décembre 2015, Le redressement et la liquidation mieux encadrés et plus rapides, Dossier 39.

⁷¹ ZERBO M, les spécificités de la réglementation bancaire au regard du droit OHADA des sociétés commerciales, p 184.

⁷² THERA F, L'application et la réforme de l'acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif, 6 décembre 2010, p 483.

débitrice en cessation des paiements dont la situation est irrémédiablement compromise pour apurer son passif⁷³.

La procédure de liquidation des biens, mise en place par l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP), ne peut s'appliquer qu'aux établissements de crédit où la situation financière et économique est irrémédiablement compromise. Pour satisfaire donc aux conditions de l'acte uniforme (AUPCAP) pour la mise en œuvre de la procédure de liquidation des biens, la situation financière de l'établissement de crédit soit sans issue.

Il a été précisé que le choix de la procédure de redressement judiciaire est justifié par le fait que l'entreprise présente des possibilités réelles de redressement et d'apurement du passif. La vérification de cette situation n'a plus sa raison d'être si on trouve dans la procédure de liquidation des biens de l'établissement de crédit.

En pareil hypothèse, l'on conçoit que la réalisation de l'actif de l'établissement de crédit se manifeste aussi par un défaut d'apurement du passif.

B. L'apurement du passif

L'apurement du passif obéit aux règles qui organisent le partage entre les créanciers, des fruits issus de la réalisation des biens de l'établissement de crédit.

L'ouverture de la liquidation a pour mission première, l'apurement du passif. Le passif est l'ensemble des dettes que le syndic ou le liquidateur judiciaire de l'établissement de crédit en liquidation doit apurer sur ordre du juge commissaire. Cette phase d'apurement du passif comporte des règles ordinaires d'apurement et des règles spécifiques qui gouvernent l'ordre d'apurement par la prise en compte des sûretés⁷⁴. En ce qui concerne le partage, les créanciers de la masse sont soumis à la discipline des procédures collectives et perdent ainsi leur droit de poursuite individuelle, alors que d'autres créanciers notamment ceux bénéficiant des garanties et autres privilèges, voient leurs créances payées prioritairement. Les clients malheureux sont les déposants c'est-à-dire les titulaires des comptes bancaires dont le solde est créditeur auprès des établissements de crédit en liquidation sont les

⁷³ V art 2 AUPCAP

⁷⁴ FANSI M R T, Droit et pratique bancaire dans l'espace OHADA, op cite, p 396.

créanciers de la masse et ne bénéficient d'aucun traitement préférentiel dans l'espace OHADA.

Il s'agit de rappeler en principe, avec le nouvel article 33, alinéa 4, de l'AUPCAP, la durée de la procédure collective de liquidation des biens ne devrait pas dépasser dix-huit mois, susceptible d'être prorogé de six mois seulement. En contrepartie, si tous les actifs n'ont pu être réalisés dans ces délais, les créanciers recouvrent l'exercice de leurs droits sur ces actifs⁷⁵. La méthode n'est pas sans conséquence car permettant d'éviter des liquidations des biens qui s'étalent dans le temps sans répartitions. La liquidation des biens est une procédure qui a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif. La liquidation des biens tout comme le redressement judiciaire sont applicables à toute personne physique ou morale commerçante, à toute personne morale de droit privé non commerçante et à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui cesse ses paiements⁷⁶. Cette procédure aboutit à l'apurement du passif à l'issue des opérations de réalisation de l'actif mobilier et immobilier.

Dans l'hypothèse de la liquidation judiciaire des biens, le recouvrement des créances se fait dans le cadre de l'apurement du passif. Ce dernier intervient après réalisation de l'actif du débiteur. Selon cet actif est suffisant ou non, le passif pourra être partiellement ou totalement apuré. Dans le premier cas, intervient la clôture pour insuffisance d'actif comme le veut l'article 183 de l'AUPCAP. Dans le second cas, qui est le plus souhaitable pour les créanciers, le passif entier est réglé grâce à l'actif du débiteur.

Toujours dans l'optique de l'apurement du passif, le juge commissaire ordonne, s'il y a lieu, une répartition des deniers entre les créanciers, en fixe la quotité et veille à ce que tous les créanciers en soient avertis. Dès la répartition ordonnée, le syndic adresse à chaque créancier admis, en règlement de son dividende, un chèque à son ordre tiré sur le compte ouvert dans les conditions de l'article 45 de l'AUPCAP⁷⁷.

En cas d'apurement du passif d'un établissement de crédit, les titulaires des comptes bancaires sont remboursés immédiatement après les créanciers de frais de justice et les

⁷⁵ V art. 170 et 174 AUPCAP.

⁷⁶ TR Niamey, n°16, 5-1-2003, OFEDES, Revue nigérienne de droit, p. 75, note anonyme, ohadata J-03-158. De même, « une entreprise publique constituée sous forme de société commerciale qui cesse ses paiements est soumise aux procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens », v. TGI Ouagadougou, n°423, 25-4-2001, Société FASO FANI, ohadata J-02-60, v. également ohadata J-03-94, obs. J. ISSA-SAYEGH, ohadata J-04-183 et ohadata J-04-186. Dans la même logique, l'arrêt de CCJA, n° 04/2004, 8-1-2004, ATTIBA Denis et autres c/ Compagnie Multinationale Air Afrique et autres, déjà cité.

⁷⁷ V art 164 AUPCAP

créanciers de salaires super privilégiés, à concurrence d'un montant fixé par l'Autorité judiciaire compétente, sur la base des ressources disponibles, déduction faite des dettes à l'égard dudit établissement⁷⁸.

On retrouve aussi que la conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation des biens, les personnes qui avaient consenti dans le concordat de redressement judiciaire un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre du privilège selon les rangs prévus par les articles 166 et 167 de l'AUPCAP. L'acte uniforme OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif pose des conditions de fond et de procédure indispensables à l'ouverture du règlement préventif, du redressement judiciaire et de la liquidation des biens destinés à assurer le traitement préventif et curatif des difficultés de l'entreprise. C'est ainsi, que nous comprenons aussi les conditions posées par la réglementation bancaire pour l'ouverture d'une procédure de liquidation des biens. Cette dernière n'intervient aussi que lorsqu'il y a un défaut d'apurement du passif.

Le syndic établit les relevés de toutes les créances. Ces relevés doivent être visés par le Juge-commissaire, déposés au greffe de la juridiction compétente et faire l'objet d'une mesure de publicité. En cas de contestation, le déposant saisit à peine de forclusion la juridiction compétente dans un délai de (deux) 2 mois à compter de l'accomplissement de la mesure de publicité⁷⁹.

⁷⁸ V art 95 de la loi de 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal

⁷⁹ V art 94 de la loi de 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal.

CONCLUSION

Les procédures collectives qui ont pour domaine de prédilection les entreprises en difficulté, mettent en œuvre, comme qui dirait, le droit de la maladie, de l'agonie et de la mort des sociétés. Elles interviennent lorsque l'entreprise est sur le point d'avoir des problèmes ou va très mal. Donc, l'entreprise peut avoir besoin des procédures collectives à un moment de sa vie pour éviter des problèmes ou s'il y'en a que ces derniers ne puissent pas aboutir à des résultats néfastes. En même temps aussi les procédures collectives peuvent tombées à un résultat plus dure et donnant naissance à la liquidation des biens de l'entreprise.

Les procédures collectives sont ouvertes lorsque le commerçant personne physique ou la personne morale de droit privé est en état de cessation des paiements ou fait face à des difficultés financières avérées. Elles sont réalisées dans le dessein d'assurer le paiement des créanciers ou le sauvetage des sociétés et conséquemment, la sauvegarde de l'activité et des emplois. Les procédures collectives assurent la protection des créanciers demeurés impayés par leurs débiteurs et le désintéressement de ceux-là. Elles permettent aussi de sanctionner le commerçant qui n'honore pas ses engagements car, force est de reconnaître que la punition a un rôle majeur de dissuasion et de moralisation dans le domaine des affaires. C'est donc bien à propos que la justice intervient dans les procédures collectives pour assurer la protection des intérêts des uns et des autres, ainsi que l'efficacité et la moralité des procédures⁸⁰.

Les procédures collectives renferment un aspect purement sécuritaire. En effet, le droit des entreprises en difficulté concrétisé par les procédures collectives permet d'anticiper les choses, afin de ne pas attendre que les entreprises connaissent la cessation des paiements pour chercher des solutions. C'est la compréhension majeure des trois objectifs majeurs des procédures collectives. Il s'agit d'abord, d'assurer la protection des créanciers demeurés impayés et permettre leur désintéressement ; ensuite punir et éliminer le commerçant qui n'est plus en mesure d'honorer les engagements par lui pris afin de

⁸⁰ Session de formation transversale des magistrats, avocats et experts comptables 08 - 11 juillet 2013 à Porto-Novo, rôle et responsabilité du juge et des autres organes intervenant dans les procédures collectives, p 4

moraliser le milieu des affaires ; enfin sauvegarder les entreprises encore redressables pour préserver les économies des Etats-parties.

Les procédures collectives ne profitent pas cependant à tout le monde. Elles s'appliquent à une catégorie de personnes. Les personnes assujetties aux procédures collectives sont essentiellement les personnes physiques ayant la qualité de commerçant et les personnes morales de droit privé. Le commerçant est par définition « celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession ». Il s'agit de ceux qui font des achats pour revendre, des opérations de courtage, de banque etc.

L'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif accorde la compétence d'attribution en matière de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens à la juridiction habilitée à connaître des affaires de nature commerciale.

La juridiction compétente en matière des procédures collectives est celle dans le ressort de laquelle le débiteur personne physique a son principal établissement ou, s'il s'agit d'une personne morale, celle du lieu où est situé son siège social. Cependant, si le siège social est à l'étranger, la procédure se déroule devant la juridiction dans le ressort de laquelle se trouve le principal centre d'exploitation situé sur le territoire national. Les organes judiciaires jouent un rôle important car ils contribuent au bon déroulement des procédures collectives. Leurs objectifs fondamentaux sont le paiement des créanciers, le sauvetage des entreprises, la punition du débiteur ou des dirigeants, la restructuration de l'économie dans un contexte de plus en plus concurrentiel. Les procédures collectives sont particulièrement lourdes de conséquences. Elles sont des procédures de sacrifices qui limitent les pouvoirs du débiteur et restreignent les droits des créanciers. Toutes ces considérations sont prises en compte par les organes judiciaires qui sont appelés à jouer un rôle déterminant dans la mesure où ils viennent en renfort pour départager les intérêts antagonistes des parties.

Mais la réponse des procédures collectives des établissements de crédit marque un tournant exceptionnel en respectant la réglementation bancaire.

Le particularisme juridique de l'activité bancaire, fait rappeler les spécificités de son environnement réglementaire et législatif, qui ne sont pas sans effet dans l'application des procédures collectives d'un établissement de crédits.

L'activité bancaire est strictement réglementée, seuls les organismes dotés du statut d'établissement de crédits peuvent réaliser des opérations de banque à titre habituel.

Toutes ces particularités ne sont pas sans incidences sur les conditions d'ouverture des procédures collectives d'un établissement de crédit. Si ce dernier fait référence de manière explicite à l'une des activités qui relève du monopole bancaire, l'intervention de certains particuliers sur le règlement préventif, sur le redressement et la liquidation judiciaire nous semble opportun pour une bonne marche de ces différentes procédures.

Mais le déclenchement assez particulier de la procédure collective pour les établissements de crédit peut aussi se justifier par le rôle de ces derniers au sein de l'économie. En effet, l'activité bancaire est essentielle dans le domaine monétaire, pour favoriser l'épargne et octroyer des crédits. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles la banque est une activité réglementée, dont l'organisation et le fonctionnement sont contrôlés par l'Etat, le législateur et divers organismes administratifs qui s'assurent du respect de la réglementation bancaire.

Cette situation tout à fait spéciale des établissements de crédit ne pouvait ne pas être pris en compte par le législateur lorsqu'il devait avoir lieu l'ouverture des procédures collectives.

Etant donné que la réglementation bancaire s'est préoccupée particulièrement de la protection des déposants des établissements de crédit et de microfinance en proposant une solution globale. Il s'agit de la création d'un fonds de garantie des dépôts. Ce fonds est organisé par le Règlement de 2009 et est mis en place depuis 2011⁸¹. Il est destiné à apporter une solution aux déposants des établissements de crédit de la CEMAC qui connaissent des difficultés. Donc, à notre avis le renforcement de ce fond, du point de vue de sa capacité financière pourrait permettre de mieux affronter les crises financières qui sont parfois imprévisibles et de parer efficacement aux conséquences de celles-ci dans les établissements de crédit.

⁸¹ 15. Voir sur cette question, S. MEDANKAM TOCHE, La sécurité du déposant dans Le système bancaire de la CEMAC, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2008, 140 pages; H. M. TCHABO SONTANG, Secret bancaire et Lutte contre Le blanchiment d'argent en zone CEMAC, Mémoire de DEA, Université de Dschang, année académique 2005-2006, 102 p.; E. L. NGUIFFEU TAJOUO, Le système communautaire de lutte contre la criminalité financière en zone CEMAC, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2006., cité par ELONGO Y R K, la dynamique de la réforme de la réglementation bancaire dans la CEMAC, 13-14 novembre 2014, Presses Universitaires d'Afrique, p 443.

Il faut constater que les établissements bancaires et financiers assujettis à la loi portant réglementation bancaire de 2008 au Sénégal, doivent se préparer à une éventuelle défaillance mais sous la surveillance de la commission bancaire. Cet organe est un régulateur qui anticipe les difficultés des établissements de crédit et aussi important dans son rôle dans la mise en œuvre d'une possible application des procédures collectives. C'est la commission bancaire, un organe administratif, qui est au cœur de ce nouveau dispositif et évince le rôle traditionnellement prééminent du tribunal dans la conduite de la procédure collective. Et cela peut générer toutefois une vision négative vis-à-vis de la sobriété des procédures collectives. En effet, ce système ne serait pas en phase avec celui du tribunal travaille dans le respect d'une certaine transparence. La mission que remplit la commission bancaire est exercée dans la plus grande confidentialité. Les mandataires sociaux, comme l'administrateur judiciaire ou le juge commissaire qui assistent le tribunal dans la procédure, sont eux aussi évincés.

Cette semblable autonomie des établissements de crédit dans les procédures collectives de par son caractère spécifique, doit être toutefois relativisée car ça ne peut jamais se faire sans recours de l'AUPCAP.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

AMBOULOU. H D, Le droit des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA, Harmattan, 2015, 586 pages.

BITSAMANA. H A, Dictionnaire de droit OHADA/ohadata D- 05-33.

BLANCHE. S R, Droit bancaire européen, édition Dalloz, 1995, 587 pages.

BONNEAU. T, Droit bancaire, 2eme édition, Montchrestien, E. J. A, Paris, 1996, 446 pages.

DEKEUWER- DEFOSSER. F, Droit bancaire, 6eme édition, Dalloz, 1989, 192 pages.

DESCHANEL. J P, Droit bancaire, l'institution bancaire, édition Dalloz, 1995, 137 pages.

FANSI. M R T, Droit et pratique bancaire dans l'espace OHADA, Etude Africaine, 2019, 439 pages.

GUYON. Y, Droit des affaires, Tome 2, Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire- Faillite, 9è édition, 2003. 566 pages.

KONTE. M I, Guide des procédures collectives d'apurement du passif en droit OHADA, 1ere édition, L.G.D.J, 2019, 252 pages.

LECORRE. M P, Droit des entreprises en difficulté, Dalloz, 2017, 250 pages.

MATTON. J P, Droit bancaire international, 2eme édition, La revue-banque éditeur, Dalloz, 418 pages.

NEAU- LEDUC. P, Droit bancaire, 3eme édition, Dalloz, 300 pages.

PAILLUSSEAU J., Du Droit des faillites au droit des entreprises en difficulté, Etudes HOUIN, Dalloz-Sirey, 1985.

PETEL. P, Procédures collectives, Dalloz, 2017, 272 pages.

SAWADOGO. F M, Droit des entreprises en difficultés, collection droit uniforme africain, Bruyant, Bruxelles, 2002, 444 pages.

ARTICLES

BIKAY. F B, « Les pouvoirs d'office du juge des procédures collectives de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) et les principes cardinaux du procès, » Volume 5, Issue 2, Décembre 2015.

DU PONTAVICE. E, « Le commissaire aux comptes et les procédures collectives de paiement, » *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1976.

ELONGO. Y R K, « La dynamique de la réforme de la réglementation bancaire dans la CEMAC, » 13-14 novembre 2014, *Presses Universitaires d'Afrique*.

EVELAMENOU. S K, Premier aperçu du droit OHADA des entreprises en difficulté, 08 septembre 2017, <https://www.actualitésdudroit.fr/browse/afrique/ohoda/8655/premier-aperçu-du-nouveau-droit-ohada-des-entreprises-en-difficulté>.

GUEYE M, « Prévention des difficultés des entreprises dans le nouvel acte portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, » janvier 2017.

KANTE. N P, « Réflexion sur la notion d'entreprise en difficultés dans l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », *Afrilex.u-Bordeaux*, 2003.

MBAYE. M N, Réflexion sur la modification du règlement préventif en droit OHADA, ohadata D-09- 40.

NGOUE. W J, « Droit des sociétés commerciales et des procédures collectives dans l'espace OHADA, » *presses universitaires libres*, 2013.

TOE. S, « Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA », revue de droit uniforme africain, juin 2010.

ZERBO M, « Les spécificités de la réglementation bancaire au regard du droit OHADA des sociétés commerciales ».

THESES

FANSI. T M R, Les stratégies de modernisation des instruments financiers de paiements : étude comparative Europe- Afrique, Université de Strasbourg, mars 2019.

KAMDEM. M J D, Le financement des entreprises en difficultés en droit OHADA, Université DSCHANG, 03 août 2016.

SURSIKYA. T S K, Paiement des créanciers, sauvetage de l'entreprise : étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises en difficulté », Toulouse, 2014.

THERA. F, L'application et la réforme de l'acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif, Université de LYON, 6 décembre 2010.

TOH. A, La prévention des difficultés des entreprises: étude comparée de droit français et droit OHADA, Bordeaux, 09 décembre 2015.

TEXTES DE LOI

L'AUPCAP « Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », 10 Septembre 2015, Grand-Bassam (Cote d'Ivoire).

Loi n°63-62 du 10 juillet 1963 portant Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal.

Le Code du Travail Sénégalais issu de la loi N° 97-17 du 1^{er} Décembre 1997.

La Loi n°2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire au Sénégal.

Le règlement du 23 Avril 2014 relatif au traitement des établissements de crédit en difficulté dans la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Central (CEMAC).

AUSCGIE, « acte uniforme portant les sociétés commerciales et groupements d'intérêts économiques », Adopté le 15 décembre 2010 à Lomé.

Le Code de commerce français.

JURISPRUDENCES

Cour de cassation française, com., 12 Mai 1998, RJDA 1998, n°10, n°1140.

TR Niamey, n°16, 5-1-2003, OFEDES, Revue nigérienne de droit, p. 75, note anonyme, ohadata J-03-158.

TGI Ouagadougou, n°423, 25-4-2001, Société FASO FANI, ohadata J-02-60.

Cass. com., 20 janv. 1990.

Cass. com., 22 févr. 1994, JCP E 1995, II, 699, note L. Lévy.

Table des Matières

AVERTISSEMENT	I
DEDICACES	II
REMERCIEMENTS.....	III
ABREVIATIONS ET SIGLES	IV
SOMMAIRE	VI
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I : La dualité des mesures préventives applicables aux établissements de crédit en cas de difficulté.....	11
Section 1 : L'application des règles de droit commun non dérogoire à la loi bancaire aux établissements de crédit.....	11
Paragraphe 1 : le déclenchement des règles préventives des établissements de crédit	11
A- Les conditions d'ouverture des règles préventives	12
B- Les effets des règles préventives	14
Paragraphe 2 : Les règles de procédure à respecter pour la prévention des difficultés	16
A- Les différents organes intervenant dans la procédure de prévention des difficultés.....	16
B- La saisine de la juridiction compétente	17
Section 2 : L'application d'un régime particulier aux établissements de crédits pour la prévention des difficultés.....	19
Paragraphe 1 : Les mesures préventives propres à l'activité bancaire.....	19
A. La mise en œuvre des règles prudentielles.....	19
B. La recapitalisation préventive	21
Paragraphe 2 : Le régime spécial des établissements de crédit en tant que société anonyme	23
A. Le déclenchement de l'alerte par le commissaire aux comptes	23
B. Le déclenchement de l'alerte par les associés	24
CHAPITRE II : Le traitement hybride des difficultés avérées relatives aux établissements de crédit	26
Section 1 : L'appréciation de la situation économique de l'établissement de crédit	26
Paragraphe 1 : L'émergence d'une nouvelle définition de la cessation des paiements de l'établissement de crédit	27
A- Les facteurs de l'émergence de la définition de la cessation des paiements	27
B- Les effets de la définition particulière de la cessation des paiements des établissements de crédit	29
Paragraphe 2 : Le recours nécessaire à la définition de la cessation des paiements de droit commun	31
A. L'évaluation de l'actif	31

B. La détermination du passif.....	33
Section 2 : En cas d'absence de possibilité de redressement et de règlement du passif.....	35
Paragraphe 1: La procédure de liquidation des biens de l'établissement de crédit.....	36
A. Les conditions d'ouverture de la liquidation des biens de l'établissement de crédit..	36
B. Les organes de la liquidation des biens de l'établissement de crédit.....	38
Paragraphe 2 : La réalisation de l'actif de l'établissement de crédit	41
A. La situation irrémédiablement compromise de l'établissement de crédit.....	41
B. L'apurement du passif.....	43
CONCLUSION.....	46
BIBLIOGRAPHIE	50
OUVRAGES	50
ARTICLES	51
THESES.....	51
TEXTES DE LOI	52
JURISPRUDENCES.....	52