

REPUBLIQUE DU SENEGAL

**COUR DE CASSATION
AUDIENCE SOLENNELLE
DE RENTREE DES COURS ET TRIBUNAUX
ANNEE 1995-1996**

THEME :

**LES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ
ET LA JUSTICE**

8 Novembre 1995

DISCOURS D'USAGE PRONONCE PAR
MONSIEUR OUMAR SARR
AUDITEUR A LA COUR DE CASSATION

Ce n'est pas sans fierté que je prends aujourd'hui la parole devant vous.

Fierté au nom de cette jeunesse au service de la justice que j'ai, en cette circonstance solennelle, le redoutable privilège de représenter.

Monsieur le Président de la République, en cet instant hautement significatif de la vie de la nation, permettez-moi d'adresser mes sincères remerciements à mes collègues qui ont porté leur choix sur ma modeste personne pour présenter le thème de cette rentrée solennelle des Cours et Tribunaux, à savoir *«les entreprises en difficulté et la Justice»*.

Entreprises en difficulté, entreprises et Justice. Un diptyque qui témoigne à la fois du caractère fondamental des questions qui sont à la base du droit de l'entreprise, et de l'actualité pour les acteurs de redéfinir de nouvelles stratégies prenant en compte la restructuration rapide qui s'opère dans notre économie. Ces deux dimensions sont d'ailleurs étroitement imbriquées puisque ces stratégies s'expriment le plus souvent sous forme d'analyse sur la place et le rôle joué par la Justice dans la régulation économique de l'entreprise.

En effet, la régulation économique de l'entreprise ne laisse pas indifférents les acteurs de la Justice : elle les conduit à s'interroger sur la place et les rôles actuels et possibles de la Justice. A vrai dire, il existe, un débat. Certains préfèrent inviter les parties à la négociation, renvoyer la décision à d'autres instances et se borner aux seuls cas de défaillance. D'autres, au contraire, pensent que la Justice doit intervenir au coeur même du processus économique, et connaître de l'ensemble du contentieux de l'entreprise.

Par delà les oppositions on trouve toujours le même postulat, à savoir la légitimité de la Justice, lieu privilégié où s'affrontent et s'affirment les contradictions de l'économie et social. La Justice est la seule instance étatique à pouvoir défendre les libertés, à pouvoir prendre en compte l'ensemble des intérêts en conflits et donc, à être un enjeu réel.

L'entreprise, elle aussi, est sujette à enjeu. En effet, *«de multiples personnes sont intéressées par la vie de l'entreprise, soit parce qu'elles l'ont créée, ou qu'elles lui apportent les moyens de son fonctionnement, soit parce qu'elles sont en relations d'affaire plus ou moins étroites avec elle ; soit parce que les péripéties de la vie de l'entreprise peuvent avoir des effets sensibles sur la collectivité nationale ou locale»*.

Selon les circonstances, les intérêts de chacune de ces personnes sont variables et sont susceptibles de converger comme de s'opposer.

En fonction de considérations qui lui sont propres, le législateur reconnaît et organise ces intérêts. Et en raison de leur différence de nature et de leurs conflits potentiels, il les arbitre et réalise des compromis.

Pourtant, le droit n'a pas immédiatement réservé à l'entreprise la place qui devrait être la sienne. Le concept en a même été longtemps ignoré, la matière éparpillée entre quatre ou cinq branches du droit soigneusement cloisonnées pour les commodités de l'enseignement.

De son côté, l'entreprise n'a pas manqué de manifester une certaine indifférence pour le droit. Pour l'industriel, particulièrement l'homme d'affaires sénégalais, le droit s'identifie trop souvent au contentieux.

Or, les théories modernes des organisations ont bien montré que les relations entre l'entreprise et son environnement ne sont pas un simple effet induit et en fin de compte secondaire, mais un élément constitutif de l'être organisationnel.

En effet, le type de relation entre l'entreprise et son environnement révèle la nature profonde de l'organisation. Cette variable donne la mesure de son efficacité sociale et de ses facultés d'adaptation. L'entreprise ne vit pas en vase clos. D'abord elle est insérée dans un milieu qui influe en retour sur ses équilibres internes, ensuite elle ne peut être analysée sans que soient prises en compte les conditions de cette insertion.

De plus, chaque observateur, chaque agent économique a sa perception de l'entreprise. Par exemple, la notion d'entreprise est débattue non seulement en droit commercial, mais aussi par d'autres disciplines juridiques et économiques. La variété et la profondeur des travaux déjà publiés sur le sujet, tant par les juristes que par les économistes et les spécialistes de la gestion témoignent bien de cette diversité dans l'approche de la notion d'entreprise.

La diversité dans ces approches apparaît mieux lorsqu'il faut aborder la notion de difficulté. Pourquoi, et à partir de quel moment, une entreprise est-elle en difficulté ? Existe-t-il des critères pour définir la notion de difficulté ? Quels sont les faits qui la caractérisent ? A quel moment l'existence de la difficulté est certaine ?

Les difficultés qui frappent l'entreprise sont multiples. Certaines sont prévues et évitées avant même qu'elles ne se manifestent. D'autres sont plus ou moins maîtrisées. Les plus graves sont toujours mal supportées et quelquefois fatales. La faillite de l'entreprise vient de ces dernières situations lorsqu'elles sont mal maîtrisées.

La crise économique a bien montré les effets néfastes de ces difficultés pour qu'il soit nécessaire de les inventorier et de les analyser plus longuement dans le cadre d'un discours.

Ce qu'il faut surtout retenir, c'est que très tôt les législateurs ont institué des procédures. Mais, plutôt que de chercher à trouver des solutions aux difficultés que rencontrent les entreprises, ou même prévenir ces difficultés, ils sont tenté de régler au mieux des intérêts des parties les conséquences engendrées par les situations difficiles.

C'est dans cette perspective que sont apparues les procédures de faillite et de liquidation judiciaire. Pendant longtemps les traits essentiels de ces procédures visaient à permettre l'élimination de mauvais commerçants et à assurer l'égalité des créanciers devant la défaillance du débiteur.

La finalité de la procédure étant simplement d'assurer l'égalité entre les créanciers au regard de l'exécution des biens d'un débiteur insolvable, la situation difficile qui déclencherait l'application de cette procédure ne peut être, tout simplement, que l'existence même de l'insolvabilité du débiteur.

Dès lors, il apparaît qu'au niveau même de la qualification et de l'appréciation de la «*situation difficile*» apparaisse un lien étroit, entre d'une part, la notion de situation difficile, et d'autre part, la finalité de la procédure dont elle entraîne la mise en oeuvre. Dans cette perspective, la seule «*situation difficile*» susceptible d'être prise en considération par le droit est la situation qui est caractérisée, en premier lieu, par sa nature financière, et en second lieu, par son caractère catastrophique, à savoir l'impossibilité pour le débiteur de payer ses dettes.

De nos jours le maintien d'une telle situation n'est plus possible. Aussi, une réorientation de la procédure s'impose-t-elle. Il s'agit d'assigner comme finalité à la procédure la protection des intérêts catégoriels par le maintien de l'entreprise, plutôt que sa liquidation. Il s'agit aussi de prévenir, avant qu'elles ne se manifestent trop fortement, les conséquences des difficultés encore solubles. Dès lors la notion de situation difficile devient différente et son appréciation plus subtile.

En effet, pour l'application de la procédure de faillite, à partir du moment où l'entreprise se trouve substituée partiellement ou totalement, au débiteur, la situation difficile n'est plus celle du débiteur, mais celle de l'entreprise. Alors, la notion d'entreprise en difficulté qu'on retiendra sera à la fois large et variable.

Un auteur a défini l'entreprise en difficulté comme étant une entreprise «*dont les problèmes de survie ne peuvent être traités par recours aux partenaires habituels et assistances normales*».

Cette définition a l'avantage d'être particulièrement fonctionnelle dans le cas où l'on étudie l'intervention publique, en particulier l'intervention judiciaire, et surtout, elle met l'accent sur la question de la survie. On parle d'entreprise en difficulté quand les difficultés sont telles que la poursuite de l'activité devient impossible, et que la survie est en jeu. Le traitement de ces difficultés commande l'application d'une procédure entraînant l'intervention de la Justice.

Tantôt l'intervention judiciaire est d'origine purement prétorienne, tantôt elle est d'origine légale.

Dans les interventions judiciaires d'origine prétorienne, le tribunal ne puise pas son pouvoir à la source de la loi, mais dans les principes généraux du droit. La forme la plus connue en est sans doute la nomination d'un administrateur provisoire, c'est-à-dire la désignation par l'autorité judiciaire d'une personne chargée d'assurer temporairement la gestion d'une société et de résoudre la crise sociale qui motive cette intervention. L'administrateur aura donc pour rôle, d'une part, d'assurer la conservation du patrimoine ; d'autre part, de trouver un dénouement à la crise qui secoue la société. Autrement dit, il doit mettre fin le plus rapidement possible à la difficulté même qui a été la cause de sa désignation.

Il convient également d'adjoindre à l'institution de l'administrateur provisoire, celle du mandataire «*ad hoc*», qui trouve d'ailleurs aujourd'hui des bases légales fragmentaires dans certaines dispositions de la nouvelle législation sur les sociétés.

Par exemple, s'agissant des sociétés anonymes, l'article 1312 du COCC prévoit qu'en cas de carence du conseil d'administration ou du conseil de gestion, l'assemblée générale peut être convoquée par «*un mandataire ad hoc désigné en partie à la demande, soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou de plusieurs actionnaires réunissant au moins le dixième du capital social*».

Dans les deux cas, en dépit de cela, l'institution peut s'appliquer à toutes les situations. Son domaine déborde largement le cadre étroit des rares hypothèses légales ; il est théoriquement illimité.

Quant aux interventions judiciaires légales, elles sont tout à la fois prévues et organisées par le législateur. Aujourd'hui, elles trouvent, leur assise dans la troisième partie du COCC relative aux garanties des créanciers (art. 826 et suivants). Par la nomination d'un syndic ou d'un juge commissaire, le tribunal intervient de façon déterminante à toutes les étapes des procédures collectives.

D'abord, sa compétence a été étendue à toutes les personnes morales de droit privé qu'elles soient commerciales ou simplement qu'elles aient des activités qui s'insèrent dans la production ou l'échange, ou qu'elles participent seulement aux mécanismes généraux du marché.

«*Tout commerçant ou toute personne morale de droit privé même non commerçante*» (art. 928 du COCC) peut être soumis à l'une des deux procédures.

La généralité des termes employés fait qu'en théorie devraient y être soumis les services publics industriels et commerciaux gérés par des organismes de droit privé.

Théoriquement aussi, de par leur nature les sociétés d'économie mixte, personnes morales de droit privé entrent dans le champ d'application de la loi.

Cependant, dans un litige où la liquidation de la SENELEC, société nationale, était recherchée, le tribunal régional de Dakar, s'appuyant sur la loi du 16 août 1984 fixant les modalités de liquidation des établissements publics, des sociétés nationales et des sociétés d'économie mixte, a exclu les entreprises relevant du secteur public du champ d'application des procédures collectives.

Ensuite, en ce qui concerne la saisine, le tribunal peut être saisi par les créanciers et par le débiteur. Ici l'innovation est la saisine d'office. Le tribunal peut prononcer d'office la liquidation des biens ou le règlement judiciaire à l'encontre de la volonté des créanciers.

Il appartient également au tribunal et notamment à l'un de ses membres, le juge commissaire, de surveiller les opérations des syndics et de prendre les décisions les plus importantes.

Théoriquement le pouvoir se trouverait entre les mains du Juge commissaire. Ce pouvoir est d'autant plus grand que ses ordonnances n'ont pas à être motivées, elles reçoivent une publicité dont il fixe lui-même l'ampleur, elles sont immédiatement exécutoires par provisions et ne sont susceptibles d'opposition que pendant le bref délai de huit jours à compter de la notification de l'ordonnance.

Un autre aspect de l'intervention de la Justice est l'amoindrissement des pouvoirs des créanciers. Cet amoindrissement est déjà sensible pendant la période suspecte.

Mais les restrictions les plus importantes des droits des créanciers se produisent surtout à compter du jugement ouvrant la procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens des entreprises en difficulté.

L'article 940 du COCC consacre dès le prononcé du jugement déclaratif la constitution de la masse qui regroupe tous les créanciers de l'entreprise sans exception. La masse qui est une technique de classification des créanciers est surtout une technique d'organisation de ceux-ci.

Elle a pour fonction la défense des intérêts collectifs de ces derniers par l'intermédiaire du syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager (art. 940).

Le caractère collectif de la masse se manifeste en premier lieu par la suspension des poursuites individuelles (art. 962). Ce qui ne veut pas dire que les droits des créanciers sont éteints. L'arrêt des poursuites, qui pourra permettre à l'entreprise de respirer, a pour contrepartie l'obligation pour tous les créanciers de produire leurs titres de créances entre les mains du syndic qui les vérifie (art. 969).

Les contestations sur l'état arrêté par le Président du tribunal ou le Juge commissaire sont portés devant le tribunal qui ne peut statuer au fond sur les réclamations visées à l'article 969 qu'après la réunion de l'assemblée concordataire.

Or, le législateur semble apporter sa sollicitude au concordat qu'il faut favoriser. L'évolution en la matière est caractérisée par un recul des pouvoirs des créanciers et un accroissement corrélatif des pouvoirs du tribunal. En effet, un concordat, même voté par l'assemblée des créanciers, ne sera effectif que s'il a été homologué par le tribunal.

En définitive, qu'elle soit de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, la décision du tribunal a d'importantes conséquences juridiques.

La décision du tribunal, c'est le bouleversement de ce qui juridiquement était organisé et la création d'une situation nouvelle.

Les pouvoirs de la Justice sont considérables. Ils présentent la caractéristique de bouleverser des situations acquises.

Mais en quoi, à eux seuls, ces pouvoirs peuvent-ils permettre d'assurer la survie de l'entreprise ? Celle-ci étant un objectif qui dépasse et le droit de la faillite et les tribunaux.

En effet, comme toute vie, la vie de l'entreprise la met, au coeur même des contradictions. Celles-ci naissent d'abord des relations entre l'entreprise et ses membres notamment les travailleurs. Ensuite, par le jeu de la concurrence et de la domination du système de crédit, les relations entre l'entreprise et son environnement économique deviennent plus conflictuelles.

En ce qui concerne les relations entre l'entreprise et ses membres, le droit de la faillite exclut toute intervention des travailleurs et forclo toute expression judiciaire des intérêts essentiels qu'ils représentent.

Par ailleurs, pour l'essentiel, le juge de la faillite est privé de toute appréciation raisonnable des forces économiques environnant l'entreprise. Il existe, en effet, une importante réglementation du crédit et de l'activité bancaire dont l'application se trouve déterminée et contrôlée par la BCEAO, la Commission Bancaire et le Ministère de l'Economie et des Finances.

Il en est à peu près du contrôle des entreprises du secteur public auxquelles il faut rapprocher des organismes telle que la Caisse d'Epargne et de Crédit, et même le Trésor. Tous ces organismes jouent beaucoup sur la trésorerie des entreprises.

Pourtant, la corrélation existant entre la défaillance d'entreprises et l'activité de crédit et de banque a été établie, notamment par les services d'inspection de la Banque Centrale.

Par conséquent, privés de toute appréciation quant aux causes les plus générales, mais aussi les plus essentielles, de la défaillance des entreprises, les tribunaux, notamment le juge de la faillite, n'ont qu'une capacité d'intervention très limitée, en tout cas

très insuffisante. La décision de mettre en règlement judiciaire ou en liquidation des biens vient presque toujours confirmer une situation désespérée. *«Le juge de la faillite n'a pas le pouvoir de faire vivre une entreprise ou d'en décréter la mort : tout au plus apprécie-t-il l'état de malignité des désordres qu'elle connaît»*.

La survie de l'entreprise est en général l'effet de moratoires consentis par les créanciers et les banques, et surtout des aides financières qui peuvent être apportées par le secteur privé ou le secteur public. La Justice n'a aucun pouvoir d'injonction, sauf en ce qui concerne les créances antérieures à la décision et pour lesquelles le moratoire résulte de la suspension des poursuites. Encore que, malgré la suspension des poursuites individuelles, certains créanciers arrivent à se faire payer. D'autre part, des textes de lois assurent le paiement de certains créanciers en dehors de la procédure de faillite. Il ne s'agit plus seulement de favoriser certains en leur conférant un privilège de rang préférable ; mais plutôt, de les faire sortir de la procédure et d'assurer leur paiement par des mécanismes extérieurs.

Selon les cas, le paiement sera assuré par un tiers (action directe par exemple du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage) ; ou bien l'on transformera la situation de créancier ordinaire en celle d'un titulaire de droit réel pouvant dès lors tenter une action en revendication (opposabilité de la clause de réserve de propriété).

La procédure collective devient alors une enveloppe vide. En d'autres termes la fonction de paiement se réalise sélectivement en dehors d'elle. La généralisation de ce procédé de paiement aboutit à faire des procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens *«un piège pour créanciers maladroits ou malchanceux pour n'avoir pas pu ou su en sortir rapidement ou éviter d'y entrer»*. Les procédures collectives ne permettant plus le paiement des créanciers, le paiement accordé à certains d'entre eux constitue un mode d'exclusion du champ processuel des catégories considérées.

Ce phénomène doit absolument être pris en compte dans une analyse des résultats du droit de la faillite. Ces résultats seront d'autant plus décevants que l'actif de l'entreprise sera diminué par le jeu des mécanismes extérieurs au droit de la faillite.

Or, déjà, pour la plupart, le résultat des procédures collectives est particulièrement faible. Globalement, les sommes récupérées sont faibles et le nombre de clôtures pour insuffisance d'actifs, c'est-à-dire qui se soldent par le non-paiement des créanciers chirographaires est considérable. Les pertes des créanciers privilégiés sont également importantes.

C'est donc, de manière globale, l'ensemble des créanciers qui se trouve privé de tout ou partie de leurs créances par le jeu des procédures collectives. Au vu de tels résultats, la proposition initiale, faisant du droit de la faillite un procédé de paiement n'est plus soutenable.

Un auteur a pu écrire : *«mais, alors, si la loi n'assigne plus aux tribunaux d'agir, d'abord, en vue du paiement des créances, mais pour la survie de l'entreprise en difficultés ; et s'il se révèle que les tribunaux n'ont ni en droit, ni en fait, pouvoir réel de faire vivre, survivre ou revivre cette entreprise, à qui sert donc, de fait, dans ce processus, l'intervention de la technocratie judiciaire ?»*

A cette question pertinente, nous répondrons que l'intervention judiciaire a un double rôle. En premier lieu, c'est le contrôle et la contrainte, au titre des pouvoirs légalement reconnus au juge commissaire et au tribunal ; en second lieu, c'est la contribution à l'édification de ce que les juges consulaires appellent *«une morale»* de la vie des affaires.

L'intervention judiciaire a également une extrême importance dans la mise en oeuvre de la restructuration économique de l'entreprise ; en effet, elle fournit des moyens qui lui sont indispensables.

Dans un contexte concurrentiel, le droit de la faillite est présenté comme ayant pour fonction première la fonction d'élimination. *«On nettoie pour renforcer la compétitivité des entreprises»*. Ce travail d'assainissement du tissu économique est mis à profit par les groupes les plus puissants pour racheter à bon prix les entreprises moribondes ou simplement en difficulté.

Les juges doivent-ils consacrer la dure loi de la concurrence, pierre angulaire d'un droit économique essentiellement fondé sur les règles du marché ? Doivent-ils, au contraire, au risque de violer ces dernières, maintenir en vie des entreprises débiles, ou en transfuser la substance à certaines de leurs concurrentes, devenir des agents de la concentration économique cherchant à sauvegarder l'emploi salarié et à conserver un potentiel d'intérêt général ?

Dans un discours prononcé à l'occasion du colloque sur *«Entreprises en difficulté et concurrence»* organisé en France en octobre 1994. M. Claude CHAMPAUD, Président de l'Association Internationale de Droit économique, constatait : *«Ce que met en oeuvre et parfois en cause les actes juridictionnels dans ce domaine relève essentiellement d'un droit économique dual que génère une société partagée entre les délices d'une économie marchande et des aspirations sécuritaires que rassure sa régulation par un état équitable, impartial et prévoyant. A lui de choisir, pour ce faire, entre le glaive technocratique qui tranchait superbement, il n'y a guère, et la balance des juges, parfois désarçonnés par un rôle de magistrats économiques où l'opportunité devient la mère de la légalité»*.

L'efficacité de l'intervention judiciaire dépend de beaucoup de facteurs. Parmi ces facteurs, revêtent une importance particulière les règles juridiques qui déterminent et définissent le cadre et les moyens de cette intervention. Or, des développements qui précèdent, on percevait déjà l'incertitude des notions essentielles du droit actuel des faillites. Une approche plus précise des fondamentales révélera leur grande incertitude ; aussi bien, lorsque l'on s'interroge sur les rapports qu'entretiennent les notions de cessation des paiements avec la fonction de paiement des créanciers, de concordat avec celle de sauvetage de l'entreprise que sur les ruines du caractère collectif et égalitaire du droit des faillites.

Selon les auteurs de la fin du XIX^e siècle, la faillite entraîne l'égalité et la solidarité des créanciers devant le «*sinistre commercial*». De fait, la grande originalité des procédures de faillite réside dans leur caractère collectif et égalitaire. En ce sens, l'entrée d'un créancier dans la masse a toujours signifié pour ce dernier, l'impossibilité de se livrer désormais à des poursuites individuelles.

Mais, sous l'angle de la fonction de paiement des procédures collectives, il semble bien que la consistance du caractère égalitaire des procédures de faillites ne soit pas réelle. En tout état de cause, l'égalité des créanciers n'a pas réussi à améliorer les résultats des procédures collectives. Malgré l'existence de la masse, il n'y a pas d'intérêt unique au paiement. Ce constat peut bien être illustré par le cas de banque.

En effet, en regardant de plus près on s'aperçoit que les banquiers sont parmi les créanciers, ceux qui parviennent le mieux à tirer leur épingle du jeu.

A preuve, en période suspecte, suivant l'article 956 du COCC, le paiement d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque reste opposable à la masse. Or, les faits révèlent que cette règle profite essentiellement aux banquiers qui prennent à l'es-compte de tels effets de commerce.

D'autre part, le compte courant présente l'avantage de permettre au banquier d'opposer à son client en faillite la compensation entre dettes et créances incluses dans le compte, alors que le principe est celui de l'inopposabilité de la compensation.

Par ailleurs, la recherche de garanties efficaces caractérise également le financement, par les banques, de l'acquisition de matériel par l'entreprise. Alors, diverses techniques sont utilisées tels que le gage sans dépossession, le crédit-bail ou les clauses de réserve de propriété. Ici encore, l'évolution est favorable aux banquiers.

Ainsi, pour le gage, l'établissement financier ayant permis l'acquisition d'un matériel passera avant le trésor, et même avant le super privilège des salariés.

Cependant, un débat doctrinal existe, qui porte sur le rang que doit occuper le privilège du créancier gagiste et le super privilège des salariés. Lequel doit-il primer ?

En prévention des incertitudes de la jurisprudence en matière de gage, les banques ont recours au crédit-bail mobilier, l'établissement de crédit-bail demeurant propriétaire du matériel loué. Ce qui permet dans tous les cas de résoudre de manière radicale tous les problèmes de conflit de privilèges.

Assez proche du crédit-bail est la clause de réserve de propriété. En effet, le banquier qui mobilise une créance correspondant à une vente de marchandise, assortie d'une clause de réserve de propriété, celui-ci subroge dans les droits du vendeur, peut invoquer ladite clause.

Là encore, le recul du principe de l'égalité joue essentiellement au profit des banques qui accroissent ainsi leur pouvoir de domination. Désormais, comme le constatent W. GARCIN et J. THIEFFRY, *«les banques auraient bien tort de redouter de n'être pas payées»*.

A l'opposé des banques, les salariés eux sont exclus des lieux et cadres où se décide le sort de leur entreprise, donc de leur emploi. Pourtant, créanciers de leur employeur, à cause des salaires et divers indemnités, au jour du jugement déclaratif, les salariés sont à priori, créanciers dans la masse. En cette qualité, ils auraient pu requérir d'être entendu par le tribunal, si celui-ci manifestait l'intention de retirer l'autorisation de continuer l'exploitation en cas de règlement judiciaire (art. 952).

Mais apparemment la protection de leurs intérêts pécuniaires semble avoir pour effet de leur retirer les prérogatives qu'ils auraient pu tenir de leur qualité de créanciers. La loi leur concède privilège et super privilège qui, pour la fraction ainsi garantie a pour conséquence de les exclure de l'assemblée concordataire à laquelle ils ne pourraient revenir que pour la part chirographaire de leurs créances.

La place insignifiante tenue par les salariés dans le droit de la faillite confirme, s'il en était besoin, que l'idée de l'égalité des créanciers qu'il tend à instaurer n'est qu'un mythe. Autre mythe sont les sanctions qui frappent le débiteur failli.

Si la fonction répressive a toujours été présente dans le droit de la faillite, il est révélateur de constater aujourd'hui la faible importance du nombre des condamnations personnelles par rapport aux causes de défaillance d'entreprises pour faute de gestion.

Dans une communication faite le 06 octobre 1964, et qui devait servir de base au législateur français, le Doyen Roger HOUIN a montré que la donnée la plus importante devait désormais être la permanence de l'entreprise. La prise en considération de cette recommandation devait conduire la législation française à rompre le lien unissant traditionnellement l'entreprise à ses dirigeants.

Selon l'exposé des motifs de la loi, les auteurs de la réforme ont voulu :

- éliminer les entreprises économiquement condamnées, sans cependant frapper les dirigeants qui ne l'ont pas mérité

- assurer la survie d'entreprises pouvant être financièrement redressées, au besoin en écartant les dirigeants dont la gestion serait critiquable.

Certes la réalisation de cette dissociation entre l'homme et l'entreprise se heurte à de nombreux obstacles. Il eût sans doute fallu, pour qu'elle puisse être menée à bien, que l'entreprise, surtout individuelle, soit personnifiée.

En tout cas, l'avènement de la notion d'entreprise, conséquence de la concentration économique, fait que le droit de la faillite ne peut plus être un simple règlement patrimonial. Le droit de l'entreprise transcende les simples intérêts patrimoniaux. La primauté de l'intérêt de l'entreprise, unité envisagée distinctement par rapport au sort de l'entrepreneur ou des dirigeants, paraît donc indiscutable, et engendre une adaptation des critères de l'intervention judiciaire.

Aussi, s'interroger sur les perspectives d'un concordat sérieux revient-il à examiner les possibilités de l'entreprise à poursuivre son exploitation dans les conditions rentables. Cette tâche, observe un auteur, recouvre normalement deux problèmes à savoir :

- un problème d'économie générale nécessitant une analyse nécessitant une analyse de la conjoncture, dans la branche d'activité et le secteur géographique de l'entreprise ;

- un problème d'économie de l'entreprise conduisant à scruter son potentiel, son organisation, ses méthodes.

Cette double analyse doit aboutir à des conclusions n'interdisant pas à l'entreprise l'espoir d'un renflouement.

L'intervention judiciaire est, par ailleurs, subordonnée à la constatation que le débiteur a cessé ses paiements. La notion de cessation des paiements a toujours été une notion brumeuse. Elle ne permet pas toujours d'appréhender correctement l'état d'une entreprise en difficulté, mais non irrémédiablement compromis, condition pour bénéficier d'un règlement judiciaire.

Là encore, un nouvel examen s'impose.

En lieu et place d'une définition nécessairement incomplète et toujours critiquable par quelque aspect, il serait sans doute préférable d'énoncer quelques éléments caractéristiques de l'état de cessation des paiements. Il devait en être ainsi :

- évidemment du non respect de l'échéance sans qu'il y ait une possibilité rapide d'y pallier ;

- de même un déséquilibre financier grave ne pouvant être résorbé que par l'utilisation de moyens ruineux.

Ainsi, l'analyse du ratio de trésorerie ou de liquidité devrait permettre de déterminer la situation exacte de l'entreprise.

La relance de l'entreprise, objectif du jugement déclaratif, ne peut par ailleurs être effectivement réalisée que par la suspension généralisée des poursuites.

Il est évident que le maintien de l'entreprise devient un leurre si certains créanciers peuvent saisir ses éléments en ruinant ainsi son indispensable unité technique. Les créanciers titulaires de sûretés, puisqu'il s'agit d'eux, ne sont pas en effet, atteints par la mesure de suspension des poursuites individuelles (art. 962). Il n'y a absolument aucun recours devant la volonté d'un créancier hypothécaire ou privilégié dont le veto provoque inéluctablement l'échec de la solution raisonnable qui avait pu être envisagée.

On comprend dès lors que la place des créanciers munis de sûretés soit actuellement l'une des questions les plus épineuses du droit de la faillite.

Le droit positif retient qu'en situation de règlement judiciaire, les créanciers hypothécaires ou privilégiés retrouvent après homologation du concordat l'intégralité de leur droit. Ils peuvent immédiatement après l'homologation procéder à la saisie, à la vente de leur gage, quelles que soient le contenu des propositions concordataires.

Le règlement judiciaire impliquant l'échéance du terme, il n'existe aucun moyen pour éviter la vente et donc l'écèlement de l'entreprise, sinon le paiement immédiat et total en capital et en intérêts. La survie de l'entreprise suppose donc le consensus individuel et total des bénéficiaires de sûretés.

L'unité de l'entreprise au niveau économique implique forcément la même unité au niveau patrimonial.

En conséquence, il faut reconsidérer la situation des créanciers privilégiés dans leur rapport avec l'intérêt général d'une part et avec l'intérêt des autres créanciers d'autre part.

A l'évidence, la survie de l'entreprise est conforme à l'intérêt de tous. La valeur vénale d'une entreprise découle d'abord et avant tout de son existence, c'est-à-dire, de son fonctionnement. Sa valeur sera toujours plus évaluée, considérée globalement, que si l'on scinde ses différents éléments pour les réaliser isolément. L'intérêt même des créanciers titulaires de sûretés milite en faveur de l'entreprise.

Si pour ces raisons, ils doivent renoncer aux privilèges qui découlent de leur qualité, quelle garantie leur offrir en contrepartie de leur sacrifice ?

Puisqu'ils doivent concourir à l'objectif commun, puisqu'en conséquence, le droit réel qui leur est consenti, et qui porte isolément sur une chose, perd sa force, il est

normal, comme le propose Bernard SOINNE, qu'en contrepartie leur droit de préférence se trouve conforté par une appréciation différente de son domaine.

Ce domaine ne peut plus être fondé uniquement sur le prix de vente d'un élément isolé et précis de l'entreprise. Puisque l'unité économique est envisagée globalement, dans tous ses éléments, le droit de préférence qui portait sur un seul élément doit être reporté sur la totalité.

Ainsi, les créanciers hypothécaires recevront en toute hypothèse une somme au moins équivalente à la valeur de leur gage. Pour cette somme, ils doivent pouvoir compter indéfectiblement sur le maintien de leur droit de préférence et, en conséquence être réglés par priorité à tous créanciers et spécialement par rapport aux créanciers chirographaires.

Par ailleurs, il faut d'une manière différente, établir les rapports entre les créanciers munis de sûreté et la masse.

Les créanciers titulaires de sûreté doivent manifestement constituer une «*sous-masse*» distincte. Le plan ou les modalités de la solution définitive doivent être élaborées par les représentants de chaque groupe d'intéressés. Il n'est plus pensable que l'élaboration d'une solution définitive se fasse par voie de discussion ou contact individuel et personnel, d'engagement particulier de la masse vis-à-vis de chaque créancier hypothécaire ou privilégié.

Certes, les créanciers chirographaires ont souvent des intérêts opposés aux intérêts des créanciers munis de sûreté, puisque, plus l'évaluation des biens gagés sera élevée, plus la somme qui leur sera en contrepartie affectée sera faible. Chaque catégorie d'intéressés doit connaître les propositions qui peuvent être présentées, c'est-à-dire la solution définitive qui est envisagée, et la manière dont les intérêts divergents seront sauvegardés à partir de celle-ci. Dans ce cas, la concertation ne doit pas être limitée aux seuls créanciers.

La concertation, qui vous est si chère, Monsieur le Président de la République, comme vous le confirmiez en ses termes, à l'occasion du 35e anniversaire de l'accession de notre pays à la souveraineté internationale «*ce sont les entreprises solides, responsables et performantes qui assurent la relance économique et le développement durable (...) L'Etat, les chefs d'entreprises et les travailleurs ont le devoir impérieux de renforcer leur partenariat au service de l'économie sénégalaise*».

Puisque l'entreprise constitue une entité, il est normal que les salariés qui y sont intéressés au premier chef participent à l'élaboration de la solution définitive.

De ce point de vue, ne faut-il pas voir dans les nouvelles dispositions de l'article 47 du code du travail, l'amorce d'une législation tendant à instaurer une concertation

véritable entre employeurs et travailleurs. En effet, la loi fait obligation à l'employeur, en concertation avec les délégués du personnel, de rechercher toutes possibilités telles que la réduction des heures de travail, le travail par roulement, le chômage partiel, la formation ou le redéploiement du personnel, préalablement à tout licenciement pour motif économique.

Les travailleurs pourraient même intervenir en amont des procédures collectives en saisissant soit le Procureur, soit le Président du Tribunal, lorsqu'ils sont en possession d'informations attestant que la politique de gestion menée dans l'entreprise peut à court terme conduire celle-ci à sa faillite. Mais avant de saisir les autorités judiciaires, les employés devraient, par l'intermédiaire de leurs mandants, référer leurs inquiétudes aux dirigeants de l'entreprise. Ce n'est qu'au terme d'un délai raisonnable qu'ils pourront, si les faits reprochés aux dirigeants persistent, saisir la justice.

Le Procureur ou le Président pourront, en ce moment nommer un expert, lequel aura pour mission de vérifier les informations avancées par les travailleurs, et même pousser plus loin les investigations pour mieux assister les dirigeants en cas de besoin.

Ailleurs, la participation des salariés à l'élaboration de la solution définitive peut avoir l'avantage, par l'institution de la pratique des départs négociés et de la clause de meilleure fortune, de minorer les licenciements collectifs consécutifs à la déclaration de règlement judiciaire.

Cela dit, s'il est bien beau de porter un regard sur les autres, la justice, elle aussi, mérite un regard critique.

A tort ou à raison, bien des choses lui sont reprochées. A elle, aussi bien qu'aux organes de la faillite. C'est devenu une banalité de traiter les syndicats de croque-morts, comme si la déconfiture des entreprises était de leur faute. En dix ans, le nombre des faillites au Sénégal a quasiment doublé. Selon la revue *«Désinvestissement»*, on compterait une faillite tous les 45 jours. Le juge commissaire, organe essentiel de la procédure des faillites, est taxé de *«parapheur»* se bornant à entériner les propositions qui lui sont faites par le syndic.

Soit, que dire cependant de ces prétendues campagnes de dénigrement mises au compte des syndicats ? Sont-elles seulement le fruit de la rancœur des centaines de patrons faillis ? Il y a peut-être de cela mais encore

Il existe par le fait de la loi une hiérarchie entre les diverses autorités judiciaires. Il en va ainsi du juge commissaire dont l'une des tâches est de contrôler les syndicats, ainsi que du parquet dont le contrôle peut être étendu à la surveillance du Tribunal, enfin de la Cour d'appel, juge des décisions de premier degré.

Toutefois, il est admis que ces hiérarchies légales ne sont pas des hiérarchies effectives. Le contrôle sur l'activité du Tribunal étant presque inexistant, les syndicats

dictent bien souvent leur loi aux juges commissaires, et la cour d'appel ne réformant pas habituellement les décisions des tribunaux relatives à la faillite.

Dès lors, on se perd en vaines conjectures pour savoir qui, dans cet ensemble dirige. Est-ce le syndic, le juge commissaire, le Président du tribunal, le Procureur de la République, ou la Cour d'appel ?

A n'en point douter, il n'existe que des situations d'espèces, rendues elles mêmes très mouvantes, par le fait que les juges de droit commun plus que de la faillite ne restent en fonction que quelques années ; et que les membres du parquet ne séjournent que quelque temps dans une même cité.

Ce sont donc les syndics qui, par leur permanence, leur connaissance de la vie économique locale, auront la plus grande autorité. Il s'y ajoute que les syndics ont une grande latitude sur la façon de mener les opérations de faillites. Ainsi, à plusieurs occasions, la loi les autorise à passer des marchés de gré à gré portant le plus souvent sur les actifs de l'entreprise.

Par ailleurs, le régime actuel permet au syndic de cumuler pour la même procédure de faillite plusieurs attributions. Il représente la masse des créanciers (art. 940). Il assiste le débiteur en cas de règlement judiciaire et le représente en cas de liquidation (art. 942).

Or, la rareté des règlements judiciaires, la fréquente conversion de ceux-ci en liquidation des biens leur valent toutes sortes de suspicions. C'est donc dire que la réglementation actuelle n'incite pas à espérer un bon déroulement de la procédure des faillites.

Dans ce contexte, il paraît souhaitable de faire éclater la profession de syndic en instituant un corps d'administrateurs judiciaires, chargés de gérer les entreprises en règlement judiciaire, à côté d'un corps de liquidateurs chargés uniquement de conduire les opérations de liquidation des biens. Il est bien entendu, que le redressement des entreprises doit être confié à des personnes qui, de par leur profil, ont une culture d'entreprise.

Quant aux organes judiciaires de la faillite, le Ministère public mériterait une attention particulière. En effet, pour la défense de l'ordre public, il conviendrait de permettre au ministère public de se porter partie principale devant le tribunal pour demander le règlement judiciaire ou la liquidation des biens des entreprises à problèmes.

Pour ce faire, tout comme les juges de la faillite, le Ministère public gagnerait à être formé à la chose économique. Il y va de l'intérêt de la collectivité nationale et du devenir même de l'entreprise sénégalaise ; quand on sait que, de nos jours, au delà des frontières et des particularismes juridiques, les entreprises ou sociétés commerciales des différents pays forment une catégorie homogène. D'ailleurs, c'est à partir de cette constatation que procède la volonté d'unifier ou d'harmoniser les droits des sociétés des pays membres des Communautés économiques.

Fort heureusement consciemment ou non le juge sénégalais évolue dans la même direction. Ainsi, dans le cadre des solutions du règlement judiciaire, il assure le maintien de l'entreprise et de l'emploi par des techniques non encore intégrées dans notre législation mais ayant fait fortune ailleurs.

Quoique la continuation par le débiteur puisse apparaître respectueuse d'un redressement de l'entreprise, l'expérience a montré que la cession de l'entreprise où sa fusion avec paiement des dettes, est conforme à l'intérêt de toutes les parties intéressées. Ainsi, des entreprises comme SOTIBA et COMPLAST qui étaient sérieusement menacées de disparition continuent d'exercer leurs activités respectives suite à leur cession autorisée par les juges du tribunal régional de Dakar.

En définitive, et pour conclure, il faut espérer que ces entreprises, comme les autres, retrouvent rapidement leur place sur le marché internationale et s'y maintiennent. Il a été perdu beaucoup de temps. Cependant notre pays est jeune. Nos interrogations de ce matin sur les entreprises en difficulté et la justice ne sont pas seulement légitimes, elles peuvent constituer, nous l'espérons, une source d'inspiration pour le progrès et le développement d'un pays qui se bâtit.

Je vous remercie