

AFRICA PRACTICE NEWS

Le nouvel acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Vers une professionnalisation des mandataires judiciaires dans l'espace OHADA ?

A. Introduction

1. Le 40ème Conseil des Ministres de l'OHADA a adopté le 10 septembre 2015 le nouvel acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC). Ce nouvel acte uniforme se veut moderne et en phase avec le développement économique des 17 Etats membres de l'OHADA. Il est entré en vigueur le 24 décembre 2015, c'est-à-dire nonante jours à compter de sa publication au Journal officiel de l'OHADA, en application de l'article 9 du Traité OHADA et de l'article 258 de l'AUPC.

Par son entrée en vigueur, il impose aux pays membres des objectifs nouveaux et très clairement définis dans son titre préliminaire (article 1er) :

- la préservation des activités économiques et des niveaux d'emplois des entreprises débitrices ;
- le redressement rapide des entreprises viables ;
- la liquidation des entreprises non viables dans les conditions propres à maximiser la valeur des actifs des débiteurs pour augmenter les montants recouvrés par les créanciers et d'établir un ordre précis de paiement des créances garanties ou non garanties ;

2. Le nouvel acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif reprend les 258 articles de l'ancien acte uniforme et les complète en ajoutant de nouvelles dispositions. Nous résumons ci-dessous les grandes nouveautés apportées par le législateur OHADA:

1) la détermination et extension de son champ d'application (article 1-2 AUPC).

L'acte uniforme est applicable aux:

- a) personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole ;
- b) personnes morales de droit privé ;
- c) personnes morales de droit privé exerçant une activité soumise à un régime particulier (sauf dispositions contraires spécifiques):
 - les établissements de crédit ;
 - les établissements de micro finance ;
 - les acteurs des marchés financiers (émetteurs, investisseurs et intermédiaires) ;
 - les entreprises d'assurance et de réassurance ;
- d) entreprises publiques ayant pris la forme d'une personne morale de droit privé ;

AFRICA PRACTICE NEWS

- 2) la possibilité pour toute entreprise de demander, avant la cessation des paiements, l'ouverture d'une procédure de médiation selon les dispositions légales de l'Etat partie concerné et la faculté laissée aux petites entreprises de demander le bénéfice d'une procédure simplifiée de règlement préventif, de redressement judiciaire ou de liquidation des biens (article 1-2 AUPC) ;
- 3) la mise en place d'une procédure préventive de conciliation (articles 5-1 et s. AUPC) ;
- 4) la définition d'expressions et de termes repris dans l'acte uniforme révisé (article 1-3 AUPC). A titre d'exemple, l'acte uniforme définit désormais les termes "cessation des paiements", "petite entreprise", "Etat partie" ou encore "établissement" ;

B. L'encadrement des mandataires judiciaires par le législateur OHADA

3. Aussi, l'une des principales nouveautés du nouvel acte uniforme est qu'il définit également la réglementation applicable aux mandataires de justice sur laquelle nous nous attarderons quelque peu dans la présente contribution (articles 4-1 à 4-23 AUPC). En cela, cette nouvelle législation OHADA innove puisqu'elle entend désormais encadrer et professionnaliser la fonction de mandataire de justice et en faire un acteur à part entière dans les procédures collectives d'apurement du passif. Dans de nombreux pays de l'espace OHADA, comme la République Démocratique du Congo (où l'on parlait jusqu'à son adhésion à l'OHADA de "curateurs" dans les procédures de faillite et de concordat préventif), les mandataires judiciaires qui interviennent dans les procédures collectives d'apurement du passif n'ont qu'un statut partiellement réglementé et encadré, ce qui est source de risques de fautes, voire de dérives, dans l'accomplissement d'un tel mandat.

L'objectif du législateur OHADA est que chaque Etat membre "prévoit, selon des modalités appropriées, la régulation et la supervision des mandataires judiciaires agissant sur son territoire, au besoin en mettant en place à cet effet une autorité nationale dont il fixe l'organisation, la composition et le fonctionnement" (article 4 AUPC).

a. L'accès à la fonction de mandataire judiciaire et les conditions d'exercice de cette fonction dans l'espace OHADA

4. L'Acte uniforme définit le "mandataire judiciaire" comme:

- "l'expert au règlement préventif

et

- « le syndic de redressement judiciaire ou de liquidation des biens » (article 1-3 AUPC).

5. Désigné par la juridiction territorialement compétente au sens de l'article 3-1 AUPC, le mandataire judiciaire doit être inscrit sur la liste nationale des mandataires judiciaires d'un Etat partie (article 4-1 AUPC) en rencontrant les conditions minimales visées par l'article 4-2 AUPC. La liste des conditions reprises ci-dessous pourra être augmentée par l'Etat partie:

- avoir le plein exercice de ses droits civils et politiques ;
- n'avoir subi aucune sanction disciplinaire (à l'exception de l'avertissement) ou judiciaire définie à l'article 4-2, 2° AUPC incompatible avec l'exercice de la fonction de mandataire judiciaire;

¹ Décret du concordat préventif à la faillite du 12 décembre 1925 (B.O. 1926, p. 16) ; - Décret des faillites du 27 juillet 1934 (B.O. 1934, p. 796).

² Cette liste devrait, à notre avis, être dressée par l'autorité nationale mise en place dans chaque Etat-partie.

AFRICA PRACTICE NEWS

- être expert comptable ou être habilitée par la législation nationale ;
- justifier d'un domicile fiscal dans l'Etat partie ;
- présenter les garanties de moralité suffisante pour l'Etat partie ;

Parmi les critères, il nous semblerait souhaitable d'ajouter une certaine ancienneté dans l'exercice de l'une des professions habilitées et/ou une expérience (positive) dans la gestion d'une entreprise.

Aujourd'hui, pour reprendre l'exemple de la République Démocratique du Congo, et d'autres pays de l'espace OHADA, il ressort que, dans l'attente de l'établissement d'une liste nationale, un manque de transparence caractérise malheureusement la nomination des experts et syndics par les juridictions compétentes, facilitant les nominations de complaisance.

Or, lorsque la survie d'entreprises, moteurs de croissance et pourvoyeuses d'emploi est en jeu, le rôle crucial de mandataire judiciaire ne peut être confié à des personnes inexpérimentées voire mues par leur propre intérêt financier avant celui de l'entreprise débitrice.

6. Le mandataire judiciaire devra présenter toutes les garanties d'indépendance, de neutralité et d'impartialité. C'est dans cette optique que l'Acte uniforme révisé liste également les incompatibilités qui devront être prises en compte tant par la juridiction compétente que par la personne pressentie mandataire judiciaire dans une procédure collective, au moment de la nomination (articles 4-4 et 4-5 AUPC).

En ce sens, il devra :

- avant d'entrer en fonction:
 - signaler au président de la juridiction compétente s'il se trouve dans une des situations d'incompatibilité visées aux articles 4-4 et 4-5 AUPC ;
 - signer une déclaration d'indépendance, de neutralité et d'impartialité et un engagement d'assumer sa mission en toute responsabilité (article 4-4 AUPC) ;
 - prêter le serment visé à l'article 4-5 AUPC devant le président de la juridiction désignée ;
 - contracter, auprès d'une compagnie d'assurance régulièrement établie dans l'Etat-partie, une assurance responsabilité civile valide et effective destinée à garantir la réparation des préjudices causés dans l'exercice de ses fonctions (article 4-14 AUPC) ;
- au cours de son mandat:
 - éviter les conflits d'intérêts moraux ou financiers (article 4-4 AUPC) ;

b. Le contrôle des mandataires judiciaires, les sanctions disciplinaires et leur responsabilité civile

i. Un contrôle accru du mandataire judiciaire et de la procédure collective par l'Etat partie ou son autorité nationale

7. L'Acte uniforme révisé entend contrôler le mandataire judiciaire dans l'exercice de sa fonction sans que ce dernier puisse invoquer abusivement le secret professionnel.

Ainsi, chaque Etat-partie (toujours, à notre sens, via l'autorité nationale mise en place) pourra contrôler les mandataires judiciaires en vérifiant leur comptabilité personnelle et la comptabilité et le dossier

AFRICA PRACTICE NEWS

de la procédure collective assignée au mandataire judiciaire (article 4-6 AUPC combiné avec l'article 4-15 AUPC).

Le législateur OHADA met donc en place un véritable pouvoir d'investigation sur la régularité de la procédure collective et sur les actes posés par le mandataire judiciaire au cours de cette dernière.

Dans ce même contexte et, plus particulièrement, dans le cadre du contrôle des syndic et dans l'intérêt des tiers et des créanciers, l'Acte Uniforme revisité prévoit que les syndic ont l'obligation d'ouvrir pour chaque procédure collective un compte spécial (ce nombre peut être augmenté en cas d'autorisation du juge-commissaire et si la procédure collective est complexe), auprès d'une institution bancaire désignée par l'autorité nationale ou la juridiction compétente, aux fins d'y domicilier les opérations afférentes aux procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens (article 4-22 AUPC).

Les produits financiers générés par le ou les comptes de chaque débiteur sont utilisés, selon le cas, au sauvetage de l'entreprise ou au paiement des créanciers, sous le contrôle du juge-commissaire.

ii. Les sanctions disciplinaires et la responsabilité civile du mandataire judiciaire

8. Le mandataire judiciaire peut être sanctionné disciplinairement, dans l'hypothèse où il violerait les lois et les règles professionnelles ou poserait tout acte contraire à la probité, honneur et délicatesse exigés de lui (article 4-7 AUPC). En droit OHADA, le mandataire judiciaire est susceptible d'encourir les sanctions disciplinaires suivantes (article 4-9 AUPC):

- l'interdiction provisoire d'exercer ses fonctions ;
- l'avertissement ;
- le blâme avec inscription au dossier ;
- la suspension d'exercer pour une durée qui ne peut excéder trois ans ;
- l'interdiction définitive consécutive à la radiation de la liste nationale des mandataires judiciaires.

En cas de suspension ou d'interdiction définitive, la juridiction compétente désigne un nouveau mandataire judiciaire (article 4-10 AUPC).

L'action disciplinaire pourra être intentée par le débiteur et les créanciers impliqués dans la procédure collective dirigée par le mandataire judiciaire. Elle se prescrit par trois ans à compter de la découverte des faits (articles 4-7 et 4-8 AUPC).

9. Le débiteur, les créanciers ou tout tiers pourront mettre en cause la responsabilité civile du mandataire judiciaire en cas de faute commise dans l'exercice de ses fonctions (article 4-12 AUPC). Cette responsabilité sera, dans de nombreux cas, consécutive de l'action disciplinaire intentée via l'autorité nationale compétente. L'action en responsabilité civile du mandataire judiciaire est prescrite par trois ans à compter de la clôture de la procédure ou de la fin du concordat (article 4-13 AUPC), et non à compter de la découverte des faits susceptibles d'entraîner la responsabilité du mandataire judiciaire. Il aurait été plus cohérent de fixer un point de départ commun à la prescription disciplinaire et à la prescription civile.

10. En cas d'infraction pénale commise dans le cadre de sa mission, le mandataire judiciaire sera bien sûr également passible de poursuites pénales.

c. La rémunération du mandataire judiciaire

11. Le principe général déterminé par le législateur OHADA est que tout mandataire judiciaire sera rémunéré sur le patrimoine du débiteur pour les prestations posées dans le cadre de sa mission et de son mandat (article 4-16 AUPC).

Nous résumons ci-dessous les règles particulières minimales édictées par le législateur OHADA pour la détermination de la rémunération de l'expert au règlement préventif et celle du syndic :

	Expert au règlement préventif	Syndic
Qui détermine la rémunération/provision sur rémunération?	La juridiction compétente dans la décision homologuant ou rejetant le concordat préventif ou, le cas échéant, mettant fin au règlement préventif en l'absence de concordat	La juridiction compétente dans sa décision de clôture de la procédure collective, ou homologuant le concordat
Critères pour la rémunération?	<ul style="list-style-type: none"> • Pour l'expert au règlement préventif : selon le barème fixé par la réglementation de chaque Etat partie, qui tient compte notamment : <ul style="list-style-type: none"> - du temps passé et des difficultés éventuellement rencontrées ; - du nombre de créanciers concernés par le règlement préventif. • Pour l'expert au règlement préventif simplifié : un montant forfaitaire peut être fixé par l'Etat partie 	<ul style="list-style-type: none"> • Principe général pour le Syndic: selon le barème fixé par la réglementation de chaque Etat partie, qui tient compte notamment : <ul style="list-style-type: none"> - du chiffre d'affaires réalisé par le débiteur au cours de l'exercice précédant l'ouverture de la procédure collective ; - du nombre de travailleurs employés par le débiteur au cours de cette même période ; - du ratio de recouvrement des créances ; - du temps passé et des difficultés éventuellement rencontrées - de la célérité des diligences accomplies. Chaque Etat partie peut ajouter à cette liste des critères supplémentaires. • En cas de liquidation des biens : plafond de 20 % maximum du montant total résultant de la réalisation de l'actif du débiteur; • Pour le redressement judiciaire simplifié et la liquidation des biens simplifiée: un montant forfaitaire peut être fixé par l'Etat partie
Critères pour la provision	Une provision de maximum 40% du montant prévisionnel de la rémunération au cours ou au début de la procédure	Une provision de maximum 40% du montant prévisionnel de la rémunération au cours ou au début de la procédure

³ Chaque Etat partie peut ajouter à cette liste des critères supplémentaires.

⁴ *Ibid.*

⁵ En ce compris les rémunérations versées par le syndic à des experts comptables, financiers ou à tout autre intervenant qui aurait été mandaté par le syndic, sauf si la juridiction compétente en a disposé autrement lors de la désignation de cet intervenant.

⁶ Sauf lorsque la rémunération a été fixée forfaitairement dans l'hypothèse d'une procédure de liquidation des biens simplifiée.

AFRICA PRACTICE NEWS

C. Conclusion

12. L'Acte uniforme révisé sur les procédures d'apurement du passif va dans le bon sens, notamment concernant l'encadrement de la « profession » de mandataire judiciaire, qui n'en est pas encore vraiment une dans la majeure partie des Etats membres de l'OHADA. Il intervient assez tôt par rapport au précédent Acte uniforme, en tout cas pour ce qui concerne la République Démocratique du Congo, où le droit OHADA s'applique depuis un peu plus de trois ans seulement, et où l'application de l'Acte uniforme initial avait à peine eu le temps d'être mis en œuvre.

Mais l'on constate déjà, dans chaque Etat membre, un intense lobbying se pratiquer par les représentants de certaines professions, particulièrement les professions du chiffre (déjà pré-approuvées par l'AUPC) et les professionnels du droit, dans le but de figurer sur la liste nationale des mandataires habilités.

Afin d'éviter les conflits d'intérêts et de permettre une spécialisation des mandataires judiciaires, il pourrait être préférable d'instituer dans l'espace OHADA une vraie profession réglementée de mandataire judiciaire certifié, accessible de manière restrictive et soumise à des obligations de formation continue en matière de gestion, de droit, de finance et de comptabilité, au risque, à défaut, de favoriser le recours à des remèdes qui pourraient s'avérer désastreux en matière d'indépendance et de compétence, et d'ouvrir alors la voie à de nouveaux scandales, comme plusieurs pays africains en ont connu au cours des dernières décennies, de plus ou moins grandes entreprises liquidées et dépouillées, au détriment des créanciers et des travailleurs.

L'Africa Desk de Praetica est à votre entière disposition pour toute question ou information complémentaire.



Arnaud HOUET
Avocat associé
ah@praetica.com



Romain BATAJON
Avocat associé
rb@praetica.com
