

INTRODUCTION :

L'activité commerciale est basée sur la circulation des biens et des capitaux, ce mouvement exige le règne de la confiance. La protection de la confiance devient la priorité du législateur et des pouvoirs publics. A cet égal les mécanismes traditionnels de la responsabilité de droit commun se révèlent insuffisants et inadéquats en matière commerciale.

En réaction aux besoins spécifiques du marché les premières codifications occidentales ont institué des procédures renforcées, des créanciers et de répression sévère contre les commerçants défaillants. L'organisation de la faillite et la sanction de la banqueroute tendant ainsi à assigner le marché par la liquidation des biens et l'élimination des défaillants.

Le système se fondait sur la confusion de la faute personnelle des commerçants avec tous les cas d'échec de ses activités. Dès la moitié de 20^{ème} siècle, les législations européennes commencent à introduire la nuance entre les causes d'échec avant de finir par faire la distinction entre la faute personnelle et le concours des circonstances, puis entre la personne du commerçant et l'entreprise.

La réforme du système classique s'il maintient des fautes personnelles, il doit prendre en considération le nouveau concept d'entreprise, unité de production de la richesse et de la création de l'emploi impliquée dans un réseau d'intérêts publics et privés. Avant la réforme de 1996, le code de commerce ignorait la notion de difficulté d'entreprise.

Il accordait toute l'attention à l'aboutissement des difficultés, la cessation des paiements contre la quelle il réagissait par des solutions radicales, la déclaration de faillite avec son diminutif de règlement judiciaire, et la sanction pénale de banqueroute. Le nouveau code innove en abandonnant entièrement la conception de la faillite et en la remplaçant par la notion de difficulté d'entreprise.

I)- Principes nouveaux :

Les principes nouveaux apparaissent à la lumière des apports qui modifient le droit antérieur. Ces apports touchent toutes les notions traditionnelles de l'ancien système, le sujet des difficultés n'est plus le commerçant débiteur ou en cessation de paiement. C'est désormais l'entreprise concept ou non définie par le droit commercial.

Mais ce principe a été retenu sous l'influence des idées et de faits économiques. En plus ou en dehors de la faute du commerçant, la cause des difficultés de l'entreprise. Enfin le concept de créancier n'en fait plus l'adversaire en conflits d'intérêt et traité en partenaire dont les intérêts sont protégés par la pérennité de l'entreprise.

1– Distinction homme/entreprise

On tend à entrevoir deux êtres juridiques l'homme et l'entreprise.

2)- distinction fait de l'homme/fait de l'entreprise.

Les difficultés de l'entreprise n'obéissent pas au même régime juridique suivant que leurs causes se trouvent dans le fait ou la faute de l'homme entrepreneur, ou qu'elles résultent d'un fait économique étranger au comportement de l'homme.

3)- Distinction créancier adversaire/ créancier partenaire.

Elle met en relief une nouvelle condition juridique du créancier. Elle abandonne l'idée des conflits d'intérêts pour lui substituer celle d'une convergence d'intérêts à travers la coordination et de la collaboration positive pour la réalisation d'un but commun, la continuation de l'activité.

II) – Les conséquences de la nouvelle conception

La nouvelle conception de la réaction contre les difficultés de l'entreprise se caractérise par une certaine éclipse de l'esprit répressif et pénal au profit des mesures de prévention et de réparation de dommage consécutif aux difficultés dans un sens plus professionnel. Le droit actuel régissant les difficultés d'entreprise accordent une attention claire à la prévention.

Il invite l'entreprise à suivre de près la gestion financière économique, sociale et juridique pour éviter l'apparition de difficultés. Les articles 541-547 insistent sur cette nécessité en tant que méthode de gestion régulière interne. Toutefois il devient utile d'en prévenir le développement et la gravité.

Les articles 548-559 déterminent les modalités et en confient l'application à un intervenant extérieur par le biais de la mission qu'il confie au commissaire au compte et au président du tribunal. Dans ce cas elles aboutissent à un règlement amiable des difficultés.

Les actes de préventions internes et externes ne touchent que des problèmes outre que la cessation des paiements ou plus précisément une situation qui risque de devenir compromise. Lorsque les difficultés prennent une importance qui dépasse le stade de la prévention, des mesures de traitement sous forme de redressement ou de liquidation judiciaire, quand la vie de l'entreprise et irrémédiablement compromise sont prévues par les nouvelles dispositions légales.

TITRE PREMIER : PRÉVENTIONS DES DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE

Chapitre 1^{er} : Prévention interne

Section 1- Economie générale

C'est une auto prévention effectuée par l'entreprise elle-même, sans nul besoin d'intervenant extérieur.

La prévention interne fait partie des obligations des dirigeants de l'entreprise et du commissaire au compte, dans les sociétés commerciales, les associés y contribuent également.

Le commissaire au compte, s'il existe, ou tout associé informe les dirigeants des risques qui menacent l'activité de l'entreprise par lettre recommandée dans un délai de 8 jours, le chef d'entreprise dispose d'un délai de 15 jours pour réagir à cette lettre.

Faute de réaction corrective dans le délai ou si le dirigeant n'arrive pas personnellement ou après délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance à un résultat positif, il est tenu de faire délibérer la prochaine assemblée générale pour statuer sur rapport du commissaire au compte à cet effet.

A défaut de délibération de l'assemblée générale aussi malgré les décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, le président du tribunal est informé par le commissaire au compte ou le chef d'entreprise. Ces dispositions constituent une véritable procédure d'alerte des dirigeants comme réaction contre leur ignorance ou leur négligence ou les erreurs de décision en matière de gestion.

Les faits visés sont toujours autres qu'une cessation de paiement.

La révélation des faits anormaux est l'invitation des gérants à redresser la situation sont des procédures strictement internes et confidentielles entre les dirigeant et les organes de contrôle de la société.

Section 2- Conditions des créanciers.

La mission de prévention interne ignore les créanciers, les dispositions légales ne leur accordent aucune attention et les privent de toute protection à ce stade. Mais les faits pratiques démentent cette apparence.

Chapitre 2ème : Prévention externe.

En pratique l'alerte préventive se veut inefficace compte tenu de l'espoir exagéré des dirigeants en une amélioration de la situation de l'entreprise. Pour éviter le pire les articles 542 à 559cc organisent une procédure judiciaire de préventions pour surmonter la crise par la dissipation de la difficulté ou la réalisation d'un règlement amiable.

La prévention externe se caractérise par sa nature non conflictuelle et non contentieuse. Elle est menée d'une manière confidentielle par le président du tribunal de commerce dans un but de préserver le crédit de l'entreprise.

La conception de la prévention est basée sur deux variantes, une variante d'arrangement exercée par un mandataire spécial et l'autre variante plus complexe tendant à la conclusion d'un règlement amiable.

L'alerte peut être donnée par le commissaire au compte ou le dirigeant de l'entreprise, comme il peut résulter de tout acte ou procédure que l'entreprise connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. A cet effet le président convoque le chef d'entreprise pour prendre les mesures susceptibles de redresser la situation.

Le président recueille toutes les informations nécessaires sur la situation économique et financière de l'entreprise, et le sort qu'il peut lui réserver par le biais du chef d'entreprise ou de toute autre source comme le commissaire au compte, les administrations les banques, les organismes publics, impôt, CNSS et autres. L'accès à ces renseignements permet de vérifier les allégations et les dires du débiteur, de les compléter ou de les corriger afin d'avoir une connaissance aussi parfaite que possible de la situation et de lui rechercher la solution idoine.

Section 1 : Procédure du mandataire spécial

On l'appelle aussi prévention judiciaire assistée pour la distinguer de la prévention spontanée, observée au cours de la gestion normale et la procédure de prévention par le règlement amiable judiciairement homologué.

Malgré les généralités des termes de la loi, la difficulté traitée par ces procédures revient à un besoin financier. L'intervention du président du tribunal permet au chef d'entreprise de trouver d'autres financements et de renégocier ces dettes, ils lui assurent une assistance précieuse. Quand la difficulté nécessite l'intervention d'un tiers pour l'aplanir, il le désigne comme mandataire spécial et détermine librement sa mission.

Dans la vie courante les banques avec leurs savoir-faire et leurs expériences en matière de négociation et d'appréciation des difficultés sont les mieux prédisposés à jouer ce rôle ou celui d'interlocuteur privilégié du mandataire. Leur contribution est précieuse pour aider le chef d'entreprise à bien définir ces difficultés et à formuler les propositions raisonnables et négociables. L'usage tardif de cette procédure l'expose souvent à l'échec et ouvre la voie à celle du règlement amiable plus complexe et coûteuse.

Section 2 : Règlement amiable.

Il s'agit d'une technique de conciliation des intérêts en présence couronnée par un véritable arrangement entre les parties sous contrôle de la justice.

Attribution du président du tribunal

GESA RLARHZAL Année
Universitaire 2009/2010

La procédure du règlement amiable peut être spontanément décidée par le président suite à une information donnée par le commissaire au compte ou le chef d'entreprise. Elle peut avoir lieu sur demande du chef d'entreprise sous forme de requête saisissant le président du tribunal (art 550cc) dans laquelle il expose sa situation économique et financière, ses besoins de financement ainsi que les moyens qu'il envisage pour y faire face, en somme le plan de sauvetage pour échapper à la cessation de paiement qui le menace à plus au moins brève échéance.

Le président convoque le chef d'entreprise dans son bureau, recueille ses explications et collecte nonobstant le secret professionnel toute information utile auprès des organismes publics et privés. La loi lui permet de recourir au service d'un expert pour établir un rapport détaillé sur la situation de l'entreprise à fin de pouvoir faire une appréciation objective de la situation et prendre en se sens les décisions adéquates, s'il estime que la situation demeure encore non compromise, et que les propositions du chef d'entreprise tendant à résoudre les difficultés, il ouvre le règlement amiable et désigne un conciliateur pour y procéder.

Elaboration du règlement amiable

Recours au conciliateur.

Si les propositions du chef d'entreprise sont de nature à favoriser le redressement il ouvre la procédure du règlement amiable et désigne un conciliateur.

Le conciliateur dispose d'un délai de 3mois prorogeable d'un mois pour accomplir sa mission qui consiste selon l'article 554cc dans deux faits, favoriser la continuation de l'activité et veiller sur la recherche de la conclusion d'un accord avec les créanciers.

Le conciliateur demeure un tiers, il ne peut intervenir dans la gestion de l'entreprise. Il se limite à rapprocher les positions et à aider à conclure un règlement amiable. Le président du tribunal lui communique les informations dont il dispose et le cas échéant le rapport d'expertise.

Pour faciliter la mission du conciliateur la loi lui permet de demander une restriction temporaire de certains droits des créanciers et l'interdiction de certains paiements de la part du débiteur.

Ordonnance du président du tribunal.

Le conciliateur peut demander au Président du Tribunal une suspension, prise par ordonnance, des poursuites et voies d'exécutions qui peuvent être menées par certains créanciers. Cette suspension est demandée par le conciliateur en vue de préserver et favoriser l'aboutissement positif de sa mission. Mais suspensions de poursuite n'implique pas une suspension du cours des intérêts, qui continuent de s'accumuler.

Cette ordonnance interdit au débiteur, à peine de nullité, de payer tout ou partie d'une créance quelconque antérieure à la suspension, sauf autorisation spéciale du Président.

Cette suspension fait exception du paiement des créances relatives au contrat de travail: salaires et compléments, assurances, cotisations à la CNSS.

Régime juridique de l'accord

La nature amiable de l'accord, n'oblige jamais les créanciers à l'accepter. Ils sont libres de le rejeter en bloc ou en partie. En pratique, il en est rarement ainsi par précaution contre des risques plus graves, si tous les créanciers acceptent, le règlement est homologué par le président du Tribunal.

L'accord signé par le conciliateur et les parties est déposé au greffe, il produit plein effet sur les créanciers signataires et le débiteur.

Il confère au débiteur une protection contre les actions des créanciers qui ont rejeté l'accord.

Le règlement amiable suspend pendant la durée de son exécution toute action en justice, toute poursuite individuelle dans le but d'obtenir le paiement des créances.

Il suspend les délais accordés aux créanciers pour agir à peine de déchéance ou de résolution des droits afférent à ces créances.

Le débiteur est obligé d'exécuter l'accord avec la même bonne foi. A défaut, le Tribunal annonce la résolution de l'accord et la déchéance de tout délai. Même si cette procédure demeure importante pour la protection des intérêts en présence, il faut bien reconnaître qu'elle s'avère inefficace, car elle intervient presque toujours en retard.