

# REPUBLIQUE DU SENEGAL



REPUBLIQUE DU SENEGAL

Un peuple – un but – une foi

MINISTERE DE LA JUSTICE

CENTRE DE FORMATION JUDICIAIRE



Mémoire de fin de formation / Section Magistrature

Thème :

## MINISTERE PUBLIC ET PROCEDURES COLLECTIVES

Présenté par :

**Sécou Oumar FATY**

**Auditeur de justice**

Sous la direction de :

**Madame Aïssé GASSAMA TALL**

**Procureur de la République adjoint**

**Près le Tribunal Régional Hors Classe de Dakar**

Promotion 2008

## DEDICACES ET REMERCIEMENTS

Louanges à ALLAH, Seigneur de l'univers

Je dédie ce travail à mon père FEU El hadji Kémo FATY, qu'Allah lui accorde le pardon et la miséricorde

A ma mère Awa FATY et à ma tante Aminata SYLLA, qu'Allah leur accorde santé et longue vie

A mon épouse Fanta Mar ama DAFFE, qu'Allah bénisse notre union

A tous mes frères Fodé, Karamo, Elhadji, Mamady, Karantaye, Sékouba, Karaboulaye, Kéba, Sadibou et Kadialy.

A mes sœurs Fatoumata, Goundo, Aminata et Mariama

A mes belles-sœurs Ramatoulaye, Fatoumata, Diakabo, Ndéye Mama, Diarra, Maimouna et Khadidjatou,

A mes cousins et cousines

A mes oncles et tantes

A mes neveux et nièces

A mes camarades de promotion de l'UCAD

A tous mes collègues

Mes remerciements vont à l'endroit de mon encadreur Mme Aissé Gassama TALL, Procureur de la République Adjointe près le TRHCD mais également de mes frères Docteur El hadji Ousmane FATY et Me Cheikh Ahmadou Bamba FATY

## BIBLIOGRAPHIE

- Filiga Michel Sawadogo, Droit des entreprises en difficulté, Bruylant, 2002
- Jean François RENUCCI, Le parquet et les faillites, Revue de Sciences Criminelle et de Droit Comparé, 1990
- Ndiaw Diouf, cours polycopié de droit des affaires, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2006
- Nadine Levratto, Quels indicateurs d'efficacité économique du droit des faillites ? Du classement doing business à une analyse des procédures effectives, EconomicX
- OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, juriscope ,2008
- Actes de la session de formation sur le droit des entreprises en difficulté, Centre de Formation Judiciaire, Dakar, du 19 au 23 avril 2010
- Extrait du rapport parlementaire « Colcombet-Montebourg » (page 67 à 8287) au sujet de la position concrète du Ministère public devant le tribunal de commerce

## INTRODUCTION

La vie d'une entreprise est toujours marquée de périodes difficiles. Ces difficultés sont visibles aussi bien pendant des moments de prospérité que d'austérité.

Les difficultés jalonnant la période de prospérité proviennent de la collectivité des salariés qui demandent des conditions de travail meilleures, alors que celles de la période d'austérité ont pour origine la collectivité des créanciers.

L'entreprise dont les problèmes viennent de l'intérieur c'est-à-dire de la collectivité des salariés n'a pas besoin d'une assistance extérieure car ces types de différends peuvent trouver des solutions à l'issue de négociations entre les dirigeants sociaux et les institutions représentatives du personnel.

En revanche une entreprise assaillie par ses créanciers présente les symptômes d'une maladie dont la thérapie, pour être efficace, doit venir d'organes exogènes qui lui prêtent soutien et assistance.

C'est l'objet du droit des procédures collectives. Les procédures collectives ont pour objectif de traiter des difficultés persistantes de l'entreprise en lui prodiguant des soins nécessaires qui peuvent déboucher soit sur un retour à une bonne santé économique et financière soit sur la fin de son existence puisque se trouvant dans une impasse économique, financière et juridique.

Lorsqu'on parle d'entreprises en difficulté, il est évident de souligner la diversité des intérêts en présence. Toute défaillance financière durable et grave met en jeu des intérêts nombreux et difficilement conciliables.

Le plus important pour l'entreprise en difficulté est d'obtenir des délais de paiement ou des remises de dettes qui lui permettront une reprise aussi rapide que possible de ses activités. Alors que pour les créanciers, en revanche, l'essentiel est d'être payé aussi vite et aussi complètement que possible. Cependant la collectivité tout entière ne peut se désintéresser au sort d'une entreprise dont la disparition augmentera le chômage et fera parfois cesser une production nationale.

Le droit des procédures collectives était traditionnellement connu comme relevant de l'ordre économique. Il s'agissait d'un ordre destiné à maintenir une discipline souvent bafouée dans un domaine dont le mauvais état peut entraîner un déséquilibre économique aux conséquences catastrophiques parce que souvent mal mesurées.

La puissance publique ne saurait rester insensible à l'administration d'une telle procédure. Aussi a-t-elle, par le biais dans son bras armé, senti la nécessité de s'impliquer directement dans le droit des procédures collectives.

L'intervention du ministère public dans le droit des procédures collectives est relativement récente. En France le dirigisme judiciaire a commencé à s'accroître avec le **décret-loi du 30 octobre 1935**. Il peut sembler excessif de permettre au représentant du pouvoir exécutif de donner un avis dans des affaires intéressant la vie privée ou la fortune des plaideurs. Cela est d'autant plus surprenant que les avocats ne peuvent pas répondre oralement à ses réquisitions puisqu'il prend la parole en dernier.

L'intervention du parquet dans le droit des procédures collectives s'est imposée ; l'évolution a été lente mais inéluctable, et son importance est considérable car elle traduit aussi un changement de nature des dites procédures.

La surveillance des opérations concernant les procédures collectives a été mise en place progressivement. Le principe est finalement entré chez les marchands<sup>1</sup>.

Le code de commerce était surtout conçu « **pour organiser le partage des dépouilles et la déchéance du commerçant insolvable** », les magistrats du parquet ont « **pour seule fonction de parachever en brandissant les foudres répressives sur la tête de l'usurpateur de crédit**<sup>2</sup>. D'une manière générale le parquet dispose d'un pouvoir de contrôle et peut obtenir la communication de tout document utile afin d'assurer l'exercice de ce droit.

En Afrique le vent de modernisation du droit pour atteindre l'objectif du concept de droit du développement en procédant sinon à une uniformisation du moins à une harmonisation

<sup>1</sup> J.F. Boiron : Le principe chez les marchands, Gazette du Palais. 1982.1. Doctrine 251

<sup>2</sup> J. Beaume et M. Fayen : le rôle nouveau du ministère public, Rapport du IX<sup>ème</sup> congrès de l'Association Française de droit pénal, Bilan et perspectives du droit pénal de l'entreprise, Lyon, 26-28 novembre 1987, Economica 1989 pages 225 et suivants).

des différentes législations des Etats formant l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a accordé un rôle prépondérant au ministère public en matière de procédures collectives .

Le parquet dispose en l'état actuel de la législation communautaire de prérogatives non seulement répressives, mais également d'un pouvoir d'information, de surveillance et de contrôle des procédures collectives de redressement judiciaire et de liquidation des biens.

Le souci du législateur communautaire africain, tout comme son homologue français qui l'a inspiré, est d'impliquer un organe qui par sa position privilégiée et par son statut neutre auprès de la juridiction compétente sera d'un apport décisif dans l'administration de la procédure.

Pour ce faire, le ministère public est présent depuis la saisine de la juridiction compétente jusqu'au dénouement de la procédure en passant par son administration au cours de laquelle le représentant du procureur de la République devient un membre actif de la procédure pouvant être une source importante d'informations qui, si elles sont bien traitées et répercutées aux autres organes notamment au juge commissaire, constituent un facteur de bonne justice commerciale .

L'illustration de ce travail en synergie entre le ministère public et le juge commissaire est donnée par l'article 47 de l'Acte Uniforme sur les procédures collectives d'apurement du *passif (AU/PC)* qui organise un droit de communication réciproque entre les deux organes judiciaires et ne prévoit pas l'impossibilité d'opposer en la matière le secret de l'instruction.

Le parquet dispose également d'autres pouvoirs dans l'administration des procédures collectives, notamment de l'exercice de voies de recours contre les décisions prononcées par la juridiction compétente. Il en est ainsi en ce qui concerne la décision d'homologation du concordat qui ne peut faire l'objet d'un appel formé dans les 15 jours que par le représentant du ministère public uniquement<sup>3</sup>.

Le ministère public est également investi de la qualité exclusive d'exercer l'action en nullité dont il apprécie l'opportunité en cas de dol découvert dans un délai d'un an à compter de la connaissance de ce vice.

---

<sup>3</sup> Article 129 AU/PC

Les raisons de l'évolution du rôle du parquet sont diverses. Il est certain que lorsque se posent des questions de principe, il est souhaitable qu'une voie objective puisse situer le débat dans sa véritable perspective tout en faisant éventuellement apparaître les arguments que les parties ont volontairement ou involontairement omis. Cette intervention contribue à approfondir et valoriser les débats judiciaires ; elle s'impose car, au-delà de l'espèce ou ne paraissent en cause que des intérêts privés, l'ordre public et l'intérêt général sont concernés.

Cette évolution tient aussi aux mutations économiques et sociales qui ont influencé les règles juridiques en général et les procédures collectives en particulier.

L'économie a subi de profonds bouleversements et la crise qui l'affecte en la transformant est importante et durable. Le législateur a pris conscience de la nécessité d'aménager le tissu industriel et commercial ; par contrecoup, les impératifs sociaux occupent une place prépondérante.

C'est ainsi que le souci d'ordonner le paiement des dettes est relégué au second plan derrière les impératifs de protection d'une certaine conception de l'intérêt général.

La finalité de la procédure de redressement judiciaire n'est plus une finalité privée orientée vers le paiement des créanciers, mais une finalité publique destinée à sauvegarder les entreprises tout en assurant le maintien des emplois.

Le renforcement du rôle du parquet paraît logique puisque l'intérêt général, dont il est le représentant privilégié et institutionnel, est pris en considération. L'idée a priori saugrenue du prêteur chez les marchands est devenue une réalité : non seulement le ministère public est omniprésent dans le temple des affaires privées, mais il y est en général bien accueilli.

L'intervention croissante de l'Etat dans le domaine socio-économique impose cette présence en raison de l'action de l'administration et de l'absence de coordination entre elle et la procédure judiciaire.

En renforçant le rôle du parquet, le législateur tente de corriger l'opacité des mécanismes, voire la perversion du système. Le ministère public doit tendre à être le porte-parole, devant le tribunal de l'ensemble des administrations actives dans le traitement de l'entreprise en difficulté : il réalise l'unité officielle des pouvoirs publics.

Le mouvement de dépenalisation qui apparait en droit des affaires ne remet pas fondamentalement en cause cette orientation car il ne semble pas en contradiction avec le rôle du parquet. D'une part, celui-ci mène une action importante au-delà du domaine répressif. D'autre part, la dépenalisation est une simple désescalade à l'intérieur du système pénal et non pas une disparition de ce dernier.

Cette évolution doit être approuvée car elle permet de redéfinir opportunément, non seulement la place de l'Etat, mais aussi celle du droit pénal qui doit cesser d'être exclusivement sanctionnateur pour devenir normatif.

En premier lieu, on peut se demander s'il est bien judicieux de donner une telle importance au représentant des pouvoirs publics dans une économie de marché. Une action inquisitoriale peut en effet être ressentie comme un carcan pour les entreprises et cela peut porter préjudice aux intérêts même que le législateur entend protéger.

En second lieu il existe un décalage important entre ce qui est voulu et ce qui est réalisable : nonobstant la volonté du législateur, il n'est pas certain que les parquetiers puissent utiliser pleinement cet arsenal interventionniste.

Le législateur communautaire a entendu donner aux magistrats du parquet tous les moyens nécessaires à la réussite de leur action. Cependant il est important de s'interroger sur l'effectivité de l'application par lesdits magistrats des pouvoirs dont ils sont investis.

Il y'a à noter en effet, que malgré la mise en place d'une législation bien élaborée, les magistrats du parquet peinent à intégrer cette nouvelle mission dans leur actions quotidiennes.

Il convient de préciser que la présente étude laissera de côté la procédure du règlement préventif avant cessation des paiements considérée comme l'une des pièces maitresses de la prévention des difficultés dans laquelle le parquet n' a aucune présence active .

Il est en effet simplement prévu que le greffier doit transmettre un exemplaire du rapport dressé par l'expert commis aux fins d'apprécier la situation du débiteur<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> (Article 13AU/P C)

En tout état de cause, l'analyse de l'état actuel de la législation communautaire permet d'identifier deux niveaux principaux d'intervention active du ministère public ; d'abord à l'ouverture de la procédure où il est investi sinon du pouvoir de déclencher ladite procédure du moins de la provoquer du fait de sa position privilégiée. Ensuite au niveau du déroulement de la procédure où son rôle est plus affirmé puisque constituant un organe judiciaire investi à cet égard de l'exclusivité de certains pouvoirs (**1ère partie**).

Enfin les procédures collectives touchent à l'ordre public économique donc à l'intérêt général dont le ministère public est chargé de représenter devant les juridictions au cours du contentieux qui s'élève devant les dites juridictions ,d'où la nécessité pour lui d'exercer un contrôle effectif sur ces procédures(**2ème partie**).

## PREMIERE PARTIE : LE MINISTERE PUBLIC DANS LE DECLENCHEMENT ET LE DEROULEMENT DES PROCEDURES COLLECTIVES

Les procédures collectives sont une matière avec une spécificité qui commande l'intervention du représentant de la société, souvent détenteur d'informations qui peuvent conduire la juridiction compétente à décider d'une saisine d'office pour déclencher l'ouverture de la procédure (**Chapitre I**).

C'est dans le même sillage que le parquet est également impliqué dans le déroulement de la procédure au cours de laquelle il dispose de prérogatives importantes (**Chapitre II**)

### Chapitre I : LE MINISTERE PUBLIC ET LA SAISINE DE LA JURIDICTION COMPETENTE

La gestion de l'entreprise implique des personnes physiques ou morales investies de missions auprès de celle-ci. Ce qui les met en mesure d'identifier ses niveaux de faiblesse.

Cette présence constante a pour effet de mettre le ministère public dans une situation de concurrence.

Cependant au moment de la saisine du tribunal le parquet demeure une source d'information privilégiée (**Section I**) même si d'autres sources d'informations existent (**Section II**).

#### Section I : LE MINISTERE PUBLIC, UNE SOURCE D'INFORMATION PRIVILEGIEE

L'ouverture d'une procédure collective au profit d'une entreprise est souvent précédée de moments de difficultés qui peuvent être passagères ou chroniques.

Au cours de ces périodes le ministère public peut glaner des informations de nature variée (**Paragraphe I**) dont l'exploitation produit certains effets (**Paragraphe II**).

#### Paragraphe I La nature des informations données

Le parquet constitue une partie intégrante des juridictions. Cette affirmation s'illustre notamment par l'irrégularité qui frappe un tribunal qui statue sur certaines matières sans la présence du procureur de la République ou de son représentant. Cette présence permanente donne à ces magistrats une position privilégiée leur permettant de détenir des informations soit par eux même, soit par le truchement de certains organes ou personnes.

ne pouvant accéder directement aux tribunaux pour leur soumettre des éléments pouvant intéresser la procédure.

L'article 29 de l'acte uniforme AU/PC a simplement prévu la possibilité pour la juridiction compétente de se saisir d'office sur la base des informations fournies par le représentant du ministère public sans préciser la source de ces informations.

Mais il semble évident que l'ouverture d'une procédure collective est souvent précédée ou accompagnée d'autres procédures à connotation pénale.

Le ministère public étant le maître des poursuites des infractions pénales, il reste certain qu'il est dépositaire d'informations importantes qui peuvent se révéler au cours de l'exercice de l'action publique déclenchée pour la répression de ces infractions.

A cela s'ajoute le titre de garant de l'ordre public économique attaché à la fonction de représentant du ministère public.

De façon plus précise la nature des informations pouvant émaner du procureur de la République ou de son représentant est essentiellement pénale.

Et pour mettre à profit cette faculté qui lui est offerte par la loi, les parquets peuvent trouver les signes annonciateurs de difficultés d'une entreprise pouvant déboucher sur l'ouverture d'une procédure collective à travers un faisceau d'indices, notamment par la fréquence de procès pénaux ou civils intentés contre une société commerciale ou un commerçant personne physique.

Le procureur de la République peut obtenir de précieux renseignements dans le cadre de sa mission de défense des intérêts de la société. Malgré le mouvement de dépenalisation, de nombreuses infractions permettant une information économique du parquet subsistent.

Ces procédures pénales sont riches de renseignements économiques, mais encore faut-il que les magistrats soient en mesure de les déceler. C'est pourquoi ces informations doivent être analysées d'une manière dynamique au regard d'une conception étendue de l'ordre public. La règle est d'ailleurs conforme à sa mission traditionnelle de recherche des infractions.

Il convient aussi à une appréhension commercialiste de l'acte infractionnel complétant l'aspect strictement pénal.

L'infraction doit être aussi envisagée par rapport à l'entreprise : tantôt elle est le premier signe d'une situation financière difficile, et l'attention du parquetier doit être attirée par ces symptômes révélant une situation économique délicate ; tantôt elle est le point de départ d'une série de difficultés futures qu'il importe de prévoir, de surveiller et même d'anticiper.

Cette double lecture, pénaliste et commercialiste de l'acte infractionnel est une nécessité : l'action du parquet ne peut être efficace que si elle est opportune et adaptée à la réalité socio-économique.

En effet l'adage selon lequel un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès trouve toute sa pertinence dans le monde du commerce à telle enseigne que les acteurs préfèrent, en principe, régler leur différend à l'amiable plutôt que de le porter devant les tribunaux.

Il s'ensuit que l'adoption d'une telle démarche par les commerçants traduit une absence de solutions qui est le résultat d'une situation économique difficile.

### **Paragraphe II les effets des informations données**

Quelles que soient les informations données par le représentant du ministère public à la juridiction compétente, celle-ci reste souveraine quant à l'opportunité d'ouvrir ou non une procédure collective.

En effet l'article 29 de l'AU /PC ne prévoit pas une obligation pour le tribunal de se saisir d'office et partant, d'ouvrir une procédure collective dès qu'il reçoit les informations à lui délivrées par le représentant du procureur de la République et révélant des difficultés sérieuses pouvant compromettre irrémédiablement la situation d'une société commerciale ou d'un commerçant personne physique.

Cependant le statut de garant de l'ordre public en général et de l'ordre public économique en particulier oblige la juridiction compétente, sinon à ouvrir ipso facto une procédure collective sur la base des seuls renseignements du parquet, du moins à les étudier de façon minutieuse pour y trouver de justes motifs tendant à l'ouverture de la procédure.

En effet il est sûr que la gravité de la matière exclut une mise à disposition d'informations par le parquet non fondées sur des bases fiables et sincères. Cette démarche du parquet autorise, en pleine connaissance de l'entière complexité de la situation, un traitement alternatif ou cumulatif de la procédure. Ce qui a conduit un auteur à se demander si les parquetiers sont les artisans d'un droit pénal économique en formation, voire l'élément pénal d'un droit économique.

Le législateur communautaire a limité le rôle du ministère public à l'ouverture de la procédure à la saisine indirecte contrairement à la France où, depuis une loi du 15 octobre 1981, le parquet est habilité à saisir directement la juridiction compétente.

Cette option peut s'expliquer par l'idée de limiter les pouvoirs du parquet dans une matière qui n'est pas son domaine de prédilection mais aussi par le souci du législateur de ne pas élaborer une réglementation qui sera dans la pratique inappliquée.

En effet même en l'état actuel de la législation, rares sont les cas où, au Sénégal, le ministère public est au début de l'ouverture d'une procédure collective<sup>5</sup>. Ce qui favorise l'émergence d'autres sources d'informations.

## **Section II Le ministère public, une source d'information en concurrence**

Des organes peuvent être des sources d'information au même titre que le parquet. Cette situation débouche sur une collaboration entre le parquet et ces organes (**Paragraphe III**) de nature variée (**Paragraphe I**) dépositaires d'information aux conséquences ayant une portée décisive (**Paragraphe II**).

### **Paragraphe I La nature des organes concurrents**

Ces organes sont principalement les associés ou membres des personnes morales (**A**), les commissaires aux comptes (**B**) et les institutions représentatives du personnel (**C**).

#### **A – Les associés ou membres des personnes morales**

Les personnes morales prévues par l'AU /SC sont constituées par les sociétés commerciales et les Groupements d'Intérêt Economique.

---

<sup>5</sup> Communication de Mr Ibrahima NDOYE 1<sup>er</sup> substitut du procureur de la République près le TRHCD à la session de formation sur le droit des entreprises en difficulté, CFJ, du 19 au 23 Avril 2010.

Il convient de faire une précision sur les termes utilisés par la loi en ce qui concerne les associés ou membres des personnes morales .En effet les associés ne sont présents que dans les sociétés commerciales alors que le terme de membre est utilisé dans le cadre des groupements d'intérêt économique.

Pour bien comprendre l'habilitation de donner des informations à la juridiction compétente dont les membres ou associés des personnes morales ont été l'objet pour déclencher l'ouverture d'une procédure collective, il serait utile de faire un rappel de la procédure d'alerte prévue à l'**AU/SC**.

Dans de le droit des sociétés, en effet, il est prévu aux articles **157 et 158 AU /SC** une procédure d'alerte à l'initiative des associés.

Dans les sociétés anonymes chaque actionnaire a le droit de poser, par écrit ,deux fois par exercice , des questions, selon la forme de direction adoptée ,soit au Président Directeur Général, soit au Président du Conseil d'Administration, soit à l'Administrateur Général, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation .

Lorsque le dirigeant reçoit la question, il dispose d'un délai d'un mois pour répondre par écrit et dans le même délai il transmet une copie de la question et de la réponse au Commissaire aux comptes.

Dans les autres sociétés également chaque associé a le droit de poser des questions deux fois par exercice sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

Le gérant dispose d'un délai d'un mois pour répondre à la question qui lui est posée et doit transmettre dans le même délai une copie de la question et de la réponse au commissaire aux comptes .

Mais la faiblesse de cette réglementation, c'est qu'aucune sanction n'est prévue, au cas où, les organes destinataires des questions auraient omis de répondre. En plus, dans les sociétés autres que celles anonymes il n'existe toujours pas de commissaires aux comptes. Ce qui explique que ce type de mesure préventive est d'une efficacité douteuse.

**L'article 32 de l'AU/PC** semble bien être un palliatif à cette lacune. En effet l'actionnaire, l'associé ou le membre du GIE ou de la personne morale qui verra sa question restée sans

suite peut soumettre ces faits à l'appréciation de la juridiction compétente qui pourra, sur la base des informations reçues, décider de l'ouverture ou non d'une procédure collective.

### **B- Les commissaires aux comptes**

La nomination d'un commissaire aux comptes est obligatoire dans les sociétés anonymes. Les fonctions de commissaire aux comptes peuvent être exercées par des personnes physiques ou morales. Il y'a lieu de relever cependant que lesdites fonctions sont exercées en priorité par les experts comptables agréés par l'ordre.

Toutefois s'il n'en existe pas dans un Etat, une commission composée d'un magistrat du siège à la cour d'Appel, d'un professeur de droit, de sciences économiques ou de gestion, d'un magistrat de la juridiction compétente en matière commerciale et d'un représentant du Trésor Public, peut établir une liste d'experts-comptables qui peuvent exercer les fonctions de commissaires aux comptes.

Pour les sociétés à responsabilité limitée il y'a lieu de faire une distinction entre celles qui remplissent des conditions prévues à l'article 376 AU/SC et celles qui ne les remplissent pas<sup>6</sup>.

La nomination d'un commissaire aux comptes est obligatoire pour les unes alors qu'elle est facultative pour les autres.

Les personnes habilitées à exercer les fonctions de commissaire aux comptes sont les mêmes qu'en ce qui concerne les sociétés anonymes.

### **C- Les institutions représentatives du personnel**

L'**AU/PC** a habilité les institutions représentatives du personnel à fournir des informations à la juridiction compétente pour que celle-ci ouvre, sur la base desdites informations, une procédure collective.

Il y'a lieu de relever cependant que contrairement aux autres organes tels que les associés et les commissaires aux comptes, les institutions représentatives du personnel ne sont pas admis à déclencher la procédure d'alerte prévue par les articles 151 et suivants **AU/SC**.

---

<sup>6</sup> 10 millions de francs de capital social, 250 millions de chiffres d'affaires ou effectif supérieur ou égal à 50 personnes

L'institution de représentation du personnel trouve sa source en droit sénégalais dans le Code du travail et dans la **Convention Collective Nationale Interprofessionnelle (CCNI)**.

Ils sont appelés en droit sénégalais les délégués du personnel. L'article **211** du Code du Travail se limite à énoncer le principe de l'érection de l'institution ainsi que la durée de leur mandat.

Pour avoir une idée précise sur cette institution, il y'a lieu de se référer à la CCNI en son **article 70**. Il est prévu dans ce texte conventionnel que les délégués du personnel doivent être reçus collectivement au moins une fois par an.

Cette concertation périodique légalement prévue a pour corollaire l'implication des délégués du personnel dans la gestion de l'entreprise.

En effet à l'heure actuelle l'institution des délégués du personnel n'a plus pour seule vocation à soutenir des revendications corporatistes pour la satisfaction des intérêts matériels des travailleurs mais également à soutenir l'évolution de l'entreprise vers une meilleure santé économique et financière qui constitue un gage sûr pour la préservation de l'emploi et de l'outil de travail.

C'est dans ce sillage qu'il est de plus en plus fait appel à la notion d'actionnariat des salariés dans le souci de les pousser à se considérer en de véritables associés dans l'entreprise.

### **Paragraphe II Le contenu des informations**

De tous ces organes concurrents au ministère public dans la saisine de la juridiction compétente, il est certain que les commissaires aux comptes sont les mieux placés pour fournir des informations fiables tendant à une saisine d'office.

Pour avoir une idée approfondie du rôle prédominant du commissaire aux comptes, il faut se référer à la procédure d'alerte prévue par les articles **151** et suivants **AU/SC**.

Il est prévu que le commissaire aux comptes qui, lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou à l'occasion de l'exercice de sa mission, découvre l'existence d'un fait qui est de nature à compromettre la continuation des activités de l'exploitation peut demander des explications selon les cas soit au président-directeur général, soit au président du conseil d'administration, soit à l'administrateur général.

Les faits qui sont de nature à attirer l'attention du commissaire aux comptes sont variés .Il peut s'agir d'une situation nette négative ou d'une perte de la moitié du capital social ,d'un fond de roulement très insuffisant ou se détériorant nettement ,d'une trésorerie négative ou s'aggravant de telle sorte qu'elle nécessitera des demandes de renouvellement ou le report d'échéance ou qu'elle conduira l'impossibilité de renouveler à leur échéance les crédits indispensables ou d'obtenir les financements nécessaires, les demandes par les tiers de suretés exorbitantes, la recherche de sources de financement onéreuses<sup>7</sup>.

Le commissaire aux comptes qui ne reçoit pas de réponse satisfaisante à la question posée aux dirigeants peut déférer les informations à la juridiction compétente.

Quant aux associés aucune suite n'est prévue lorsque le dirigeant ne répond pas à leur question. Seulement il est prévu que le dirigeant qui reçoit une question d'un associé doit en transmettre une copie aux commissaires aux comptes.

Concernant l'alerte déclenchée par les organisations représentatives du personnel, il n'est pas prévu en droit communautaire contrairement en France où elle réglementée.

### Paragraphe III La collaboration entre le ministère public et les autres organes

Comme en ce qui concerne les informations données par le représentant du ministère public, celles fournies par les organes concurrents sus-cités n'entraînent pas l'obligation pour la juridiction compétente d'ouvrir une procédure collective contre l'entreprise en cause.

Cependant il y a lieu de reconnaître que ces organes en raison du fait qu'ils connaissent l'entreprise de l'intérieur sont détenteurs de renseignements décisifs sur la situation de celle-ci. En effet, le commissaire aux comptes procède au maniement des comptes de la société et est de ce fait en mesure de connaître avec certitude s'il existe un équilibre entre le passif et l'actif.

Quant aux associés même s'ils sont moins informés de la gestion quotidienne de la société il n'en demeure pas moins que les plus vigilants auront tendance à vouloir avoir un œil sur ce qui se déroule à l'intérieur.

---

<sup>7</sup> Communication de Mr Mansour Gaye, expert-comptable à la session de formation sur le droit des entreprises en difficulté, CFJ du 19 au 23 avril 2010

Concernant les institutions représentatives du personnel, la préservation de l'outil de travail les amène sinon à être associés à la gestion économique de la société du moins à y porter un certain intérêt par rapport à la gestion des ressources humaines dont ils sont les mandataires.

Pour toutes ces raisons, il convient d'ériger une courroie de transmission entre ces organes et le ministère public. Les uns ont, en effet, une position privilégiée par rapport à la juridiction compétente, les autres l'ont par rapport à l'entreprise en difficulté.

Le procureur de la République pourrait servir de relais entre surtout les commissaires aux comptes et la juridiction compétente. Mais cette relation devra être fondée sur des critères permettant à ces membres des professions libérales d'allier l'obligation de réserve à laquelle ils sont soumis et celle de signaler au ministère public tout fait de nature à révéler une situation de cessation des paiements.

L'obligation de révélation qui pèse sur le commissaire aux comptes qui aura découvert des faits pouvant recevoir a posteriori une qualification pénale est un outil efficace de cette collaboration qui est un instrument de dissuasion à l'égard des dirigeants sociaux.

Compte tenu de leur rigueur et de leur certitude les renseignements fournis par les commissaires aux comptes dans le cadre de la collaboration avec le parquet sont précieux. L'idée de faire du commissaire aux comptes un délateur obligé du parquet semble être contraire à la mission générale dont sont dépositaires ces membres de professions libérales.

Cependant ils doivent, à titre de contribution à l'effort d'assainissement du monde des affaires, travailler en bonne intelligence avec le parquet qui est le garant de l'ordre public économique surtout que le code pénal fait obligation à tout citoyen de dénoncer certaines infractions.

Des difficultés peuvent surgir dans le cadre de cette collaboration.

La première est liée à l'interprétation de la notion de faits délictueux. La notion est incertaine, en particulier au regard de l'intention frauduleuse. En effet il n'est pas certain que le commissaire aux comptes qui constate des faits peut leur donner leur exacte qualification.

La deuxième difficulté concerne la circulation de l'information entre le commissaire aux comptes et le parquet. Le commissaire aux comptes devrait pouvoir disposer d'une procédure simple et rapide d'intervention auprès du procureur de la République pour permettre à ces magistrats de participer convenablement au déroulement de la procédure.

## **Chapitre II LE MINISTÈRE PUBLIC ET LE DÉROULEMENT DES PROCÉDURES COLLECTIVES**

Le déroulement des procédures collectives d'apurement du passif ne doit pas s'effectuer en vase clos du fait de la présence d'organes de nature différents qui participent tous à permettre de donner une issue heureuse au traitement de l'entreprise en difficulté.

Le ministère public dans l'exercice de son rôle de défenseur de l'ordre public économique reçoit souvent communication de la teneur des décisions prises par les autres organes **(Section I)**.

Ce travail en équipe le conduit à communiquer, à son tour, aux autres organes de la procédure **(Section II)**.

### **Section I La communication au profit du ministère public**

La communication qui se fait au profit du ministère public est essentiellement l'œuvre du syndic qui doit lui adresser un rapport sur la situation apparente du débiteur **(Paragraphe I)** et un rapport avant la décision de continuation d'activité et des résultats de l'exploitation en cas de continuation d'activité **(Paragraphe II)**.

#### **Paragraphe I La communication du rapport sur la situation apparente du débiteur**

Aux termes de l'article **66 AU/PC**, le syndic doit, dans le mois de son entrée en fonction, remettre au juge –commissaire un rapport sommaire sur la situation apparente du débiteur.

Le rapport du syndic intervient donc tout au début de sa prise de fonction. Il y'a lieu de préciser que le syndic assiste le débiteur ou se substitue à ce dernier selon que l'on est dans le cadre d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens.

La situation apparente du débiteur doit faire ressortir le bilan économique et social de l'entreprise et les perspectives de redressement résultant des propositions concordataires.

La communication du rapport au représentant du procureur de la République doit être effectuée à la diligence du juge-commissaire qui doit y incorporer ses observations et aviser celui-ci au cas où le rapport ne lui aurait pas été remis dans le délai prescrit en expliquant les causes du retard.

Le ministère public étant un acteur de la procédure, ses conclusions peuvent être décisives puisque la juridiction compétente doit les prendre en compte pour décider soit d'un redressement judiciaire soit d'une liquidation des biens.

Le prononcé de l'une ou de l'autre des solutions dépend des propositions concordataires qui doivent présenter un caractère sérieux.

A cet égard, le passage de ce rapport au parquet peut constituer un filtre puisque les magistrats exerçant leurs fonctions dans ce service pourraient y joindre leurs observations et partant augmenter les chances du prononcé par la juridiction compétente de la solution appropriée pour une éventuelle continuation d'activité.

#### **Paragraphe II La communication du rapport avant la décision de continuation d'activité et des résultats de l'exploitation en cas de continuation d'activité**

Le principe en cas de prononcé d'une décision de liquidation des biens, c'est la cessation d'activités puisque l'objectif est tourné vers le paiement des créanciers avec les produits de la réalisation du passif.

Cependant il est permis de façon exceptionnelle que la liquidation des biens soit assortie de la continuation d'activité mais uniquement si cette solution ne met pas en péril l'intérêt public ou celui des créanciers.

C'est pourquoi il est prévu l'intervention de deux organes qui représentent chacun l'un de ces intérêts. Il s'agit du syndic qui veille au respect des intérêts des créanciers et du procureur de la République qui est le garant de l'intérêt général.

La juridiction compétente ne peut statuer que sur rapport du syndic communiqué au parquet. Le représentant du ministère public doit donc veiller à ce que cette continuation d'activité ne soit pas animée par des considérations autres que celles pour lesquelles elle est préconisée.

Il devra en particulier s'assurer que les intérêts des travailleurs seront bien pris en compte, que le passif social ne s'alourdira pas, que les administrations fiscales, douanières et de sécurité sociale y trouveront leur compte mais également que la continuation ne créera pas un déséquilibre économique.

C'est pour cette raison qu'il est prévu, en aval, un contrôle exercé par la juridiction compétente et le représentant du ministère public par le biais de la communication par le syndic rapport sur les résultats de l'exploitation qui doit indiquer les profits que génère cette continuation.

Le représentant du ministère public doit formuler ses observations en temps utile et de façon minutieuse puisque celles-ci peuvent avoir une influence déterminante dans la prise de décision dans laquelle est également impliqué le juge-commissaire.

### Section II La communication à la charge du ministère public

Le représentant du procureur de la République procède à la communication des documents dont il dispose au juge-commissaire soit à la demande de ce dernier, (**Paragraphe I**) soit d'office (**Paragraphe II**).

#### Paragraphe I La communication à la demande du juge-commissaire

Le siège de la communication du ministère public au juge-commissaire est à l'article 47 AU/PC. Il existe une collaboration étroite entre le ministère public et le juge-commissaire pour au moins deux raisons.

D'abord en tant qu'organes judiciaires du déroulement de la procédure, il doit s'installer un circuit fluide et huilé répercutant aux autres les informations dont sont dépositaires les uns.

L'ouverture d'une procédure collective est souvent l'occasion de la découverte de plusieurs faits à connotation pénale dont le parquet est le premier à prendre connaissance.

Or, le juge-commissaire travaille en fonction de ces informations pour savoir le meilleur parti à prendre en tant que surveillant principal de l'observation des mesures édictées par le tribunal à l'encontre du débiteur.

Les pouvoirs du juge-commissaire sont très étendus eu égard aux dispositions de l'article 39 AU/PC qui lui permettent notamment d'obtenir communication de tous renseignements détenus par certains organes de nature à lui donner une information exacte de la situation économique et financière.

Cette communication des informations détenues par le ministère public qui est faite au juge-commissaire ne fait pas obstacle à une communication faite d'office.

### Paragraphe II La communication d'office

La communication d'office signifie qu'elle est faite à l'initiative du représentant du ministère public qui prend sur lui la décision de porter à la connaissance du juge-commissaire des faits qu'il a découverts et qu'il estime utiles à l'administration de la procédure.

Ce type de démarche prévu par le droit communautaire fait du ministère public une source d'informations au cours de la gestion de la procédure.

Il existe un droit de communication réciproque entre le juge-commissaire et le représentant du procureur de la République en ce sens que le premier est tenu, à son tour, d'informer le second du déroulement de la procédure.

Mais force est de constater que de l'avis même de voies autorisées le parquet n'est informé de la procédure que de façon fortuite. Cette situation qui s'apparente à une exclusion de fait d'un organe pourtant consacré par la loi comme partie intégrante de la procédure semble être le résultat du peu d'intérêt que les magistrats de ce service marquent à la matière commerciale en particulier et à la matière civile en général.

Pour cette raison il est impératif, pour que la réglementation communautaire en ce qui concerne l'intervention du ministère public ne reste pas inappliquée, faute d'acteurs avertis, d'assurer une formation continue des magistrats du parquet dans cette matière qui est toujours perçue comme la chasse gardée des juges du siège chargés du contentieux économique.

L'implication du ministère public dans la procédure se perçoit également avec la communication des décisions.

### Section III La communication des décisions

Les décisions rendues par le tribunal doivent être portées à la connaissance du parquet par le greffier. Il s'agit de la décision d'ouverture (**Paragraphe I**) et de celle de clôture (**Paragraphe II**).

#### Paragraphe I La communication de décision d'ouverture

Le jugement qui ouvre la procédure collective est qualifié de jugement déclaratif. Cependant il convient de faire remarquer qu'une telle affirmation n'est pas totalement exacte. Le jugement d'ouverture ne se contente pas, en effet, de constater une situation préexistante comme le prétend la théorie de la « faillite de fait ». Bien au contraire il crée une situation juridique nouvelle à travers la mise en place d'organes et la modification des droits et des obligations à la fois du débiteur et des créanciers.

Il a été relevé plus haut que le parquet ne peut saisir directement le tribunal comme le ferait le débiteur par la voie du dépôt de bilan ou encore le créancier par assignation précisant le montant et la nature de la créance ainsi que le titre sur lequel elle est fondée. Le risque dans ces conditions est que le ministère public qui, même s'il n'est pas nanti du privilège de la saisine directe, reste un acteur dans la procédure.

Pour cette raison, il est prévu par l'article 35 aliéna 2 AU/PC que le greffier adresse un extrait de la décision d'ouverture au représentant du ministère public.

La communication de la décision d'ouverture au parquet permet à ses magistrats non seulement d'être tenus informés de l'existence d'une procédure collective mais également de savoir s'il s'agit d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens puisque l'extrait mentionne les principales dispositions de la décision.

#### Paragraphe II La communication de la décision de clôture

La décision d'ouverture est communiquée au parquet tout comme la décision d'ouverture. La décision de clôture peut être une décision consacrant soit le redressement de l'entreprise soit sa disparition.

Le redressement de l'entreprise intervient en cas de vote du concordat par la majorité de la masse des créanciers et en cas de clôture pour extinction du passif.

Cette dernière hypothèse, du reste très rare, se présente lorsque le débiteur paie toutes ses dettes avant la fin des opérations .Il est à noter que le tribunal ne peut prononcer la clôture pour extinction du passif que lorsque le syndic dispose de deniers suffisants ou lorsque les sommes dues en capital, intérêts et frais sont consignés.

Quant à la disparition de l'entreprise, elle intervient en cas d'union ou cas d'insuffisance d'actif.

La communication des décisions d'ouverture et de clôture au parquet par le greffier nécessite la connaissance par ces auxiliaires de justice du rôle qui leur est dévolu par le droit communautaire en matière de procédures collectives.

Ce qui doit être possible par la formation des greffiers en faisant de sorte qu'ils connaissent tous les rouages de cette matière qui, il faut le reconnaître, est déjà inclus dans les modules d'enseignement au Centre de Formation Judiciaire de Dakar. Cet arsenal législatif relatif à la communication met le parquet en mesure de contrôler l'évolution de la procédure

## Deuxième Partie LE MINISTÈRE PUBLIC, UN ORGANE DE CONTRÔLE DES PROCÉDURES

### COLLECTIVES

Les entreprises en difficulté contre lesquelles sont ouvertes des procédures collectives d'apurement du passif sont généralement gérées par des organes extérieurs en raison du dessaisissement du débiteur ou de son assistance au profit ou par les dits organes. Ce dessaisissement et cette assistance comportent des risques qui nécessitent un contrôle permanent de la gestion de la procédure par un organe neutre et indépendant (**Chapitre I**).

Egalement l'ouverture d'une procédure est suivie de la découverte de faits qui appellent l'application de sanctions demandant l'intervention du parquet (**Chapitre II**).

### Chapitre I LE MINISTÈRE PUBLIC ET LE CONTRÔLE DE LA GESTION DES PROCÉDURES

#### COLLECTIVES

Le contrôle de la procédure a un double visage ; il est économique à travers un arsenal de pouvoirs de contrôle sur les différents contrats conclus, (**Section I**) et judiciaire à travers l'usage de voies de recours aménagées au profit du parquet (**Section II**).

#### Section I Le contrôle de la gestion économique

Le contrôle de la gestion économique est accentué au tour du contrat de location-gérance au moment de sa conclusion (**Paragraphe I**) et de sa résolution (**Paragraphe II**) et de la conclusion du concordat (**Paragraphe III**)

#### Paragraphe I La conclusion du contrat de location-gérance

L'ouverture d'une procédure collective à la suite de la cessation des paiements d'une entreprise peut résulter le plus souvent non pas d'une situation générale de morosité économique mais d'une mauvaise gestion des dirigeants sociaux.

Un remède est prévu pour pallier cette situation qui en réalité ne saurait être insoluble. Il s'agit en réalité de la location-gérance qui est définie par l'article 106 alinéa 3 de l'AU/DCG comme la convention par laquelle le propriétaire du fond de commerce, personne physique ou morale, en concède la location à un gérant personne physique ou morale qui l'exploite à ses risques et périls.

La location-gérance est autorisée par la juridiction compétente à la demande du représentant du procureur de la République, du syndic ou du contrôleur s'il en a été nommé. Ces trois organes ont chacun la spécificité d'être des organes de contrôle du suivi de l'effectivité des mesures édictées.

Il y'a lieu de préciser que la location-gérance ne peut être conclue que dans le cadre d'un redressement judiciaire et en présence de conditions liées à l'entreprise et à la situation économique d'ensemble. Elle doit être de nature à favoriser le redressement de l'entreprise dont les dirigeants sociaux ont commis des fautes de gestion ayant conduit à la faillite.

C'est dans une telle hypothèse que la demande d'autorisation d'un contrat de location-gérance peut émaner du syndic ou des contrôleurs puisqu'ils sont chargés de veiller au sauvetage de la société en redressement d'une part et aux intérêts des créanciers d'autre part.

La location-gérance peut également être autorisée pour des raisons tenant à la protection de l'économie. Il est en effet des entreprises dont la disparition entraîne des dysfonctionnements dans les circuits de production et de distribution des biens et services dans un pays.

Les pouvoirs publics ne sauraient rester insensibles aux causes de ces dysfonctionnements. C'est pourquoi le représentant du ministère public doit prendre les devants par une analyse objective de la situation de l'entreprise en rapport avec celle macroéconomique pour, le cas échéant, solliciter du tribunal l'autorisation de confier la gestion de l'entreprise à un locataire-gérant présentant suffisamment d'indépendance à l'endroit du débiteur en redressement.

Car le risque de l'absence d'indépendance ; c'est de conduire à la résolution du contrat.

### **Paragraphe II La résolution du contrat de location-gérance**

La mise sous location-gérance d'une entreprise en redressement constitue une solution de pis-aller qui n'a pas vocation à devenir permanente. La durée maximale est de deux ans renouvelables. Cependant il n'a pas été précisé le nombre de renouvellements susceptibles d'être décidés ni les personnes qualifiées à demander lesdits renouvellements. Et rien

n'interdit à ce qu'en plus des organes ayant qualité à demander la conclusion du contrat, le locataire-gérant également puisse demander le renouvellement.

Le contrat prend fin par la résolution. Elle peut être décidée à la demande du syndic ou du représentant du procureur de la République et d'un contrôleur.

Si le syndic et le représentant du ministère public peuvent à eux seuls solliciter de la juridiction compétente la résolution du contrat, il en est autrement du contrôleur dont la requête doit être accompagnée d'un rapport du juge-commissaire.

Cette condition supplémentaire édictée par l'AU/PC en ce qui concerne la demande du contrôleur est fondée sur la qualité de ce membre de la procédure qui, à la différence du syndic et du représentant du ministère public, est connu pour défendre exclusivement les intérêts des créanciers.

Or, il n'est pas certain que les intérêts des créanciers et ceux de l'entreprise soient identiques. Que la demande émane du ministère public, du syndic ou d'un contrôleur elle doit faire ressortir les insuffisances du locataire-gérant qui doivent être de nature à diminuer les garanties qu'il avait données ou compromet la valeur du fond.

Il s'agit en fait de garanties tenant à la préservation de la consistance de l'entreprise. En effet il est à craindre que le locataire-gérant qui se substitue au propriétaire du fond en redressement fasse moins que ce dernier en précipitant sa disparition. En tout état de cause le redressement judiciaire est soumis au vote du concordat

### Paragraphe III La conclusion du concordat

Le concordat est un acte par lequel le débiteur en cessation des paiements propose à ses créanciers un plan composé d'un ensemble de mesures et à travers lequel il entend apurer l'ensemble de ses dettes. Si ces derniers l'agrément, cet engagement unilatéral devient un contrat qui va revêtir un caractère judiciaire après homologation par le tribunal.

Le concordat a donc deux caractéristiques principales. C'est d'abord un contrat judiciaire dans la mesure où sa validité est subordonnée en plus de l'accord des parties c'est-à-dire du débiteur et des créanciers à son homologation par le tribunal.

C'est ensuite un contrat d'adhésion puisque les créanciers ne sont pas admis à y apporter des modifications ; ils l'adoptent par vote ou le rejettent.

L'implication du ministère public dans le vote du concordat est décisive. En effet, lorsque le concordat ne comporte aucune demande de remise ni de demande de délai excédant deux ans le tribunal peut l'imposer aux créanciers.

Dans ce cas il n'y a pas lieu à convoquer une assemblée concordataire et seuls les organes de la procédure que sont le syndic, le juge-commissaire, le représentant du ministère public et les contrôleurs sont entendus. Il s'agit là d'une simplification de l'adoption du concordat qui ne nécessite pas la convocation des créances dont les créances ont été admises.

Cependant même dans ce cas de figure le concordat étant par sa nature un contrat, il ne doit pas comporter des clauses contraires à l'ordre public.

Et le ministère public en tant que garant de l'ordre public en général et de l'ordre public économique en particulier doit être en mesure d'examiner de façon détaillée le concordat pour éventuellement y déceler les indices d'une fraude à l'ordre public puisque n'étant pas soumis au vote des créanciers qui auraient certainement fait preuve de beaucoup de vigilance au moment du vote.

## **Section II : Le contrôle de la gestion judiciaire**

Le parquet est habilité à surveiller la gestion judiciaire de la procédure. Cette surveillance s'entend en une sorte de contrôle des décisions rendues par le tribunal et pouvant être déferées à la juridiction supérieure à travers l'appel contre la décision d'homologation du concordat (**Paragraphe I**) et l'action en nullité contre ladite décision (**Paragraphe II**).

### **Paragraphe I Le droit de relever appel de la décision d'homologation du concordat**

Le concordat une fois homologué devient un contrat judiciaire qui acquiert la force d'une décision de justice ayant force obligatoire à l'égard du débiteur, des créanciers ainsi qu'à l'égard de toutes les autres parties intervenant dans la procédure.

Cependant l'homologation du concordat peut ne pas être conforme aux réquisitions du ministère public.

Il est en conséquence accordé une voie de recours à ce magistrat qui consiste en un droit de relever appel de ladite décision et qui fait du parquet « un acteur vigilant de la procédure »<sup>8</sup>. Ce pouvoir lui appartient exclusivement et doit être mis en œuvre dans les 15 jours suivants le prononcé de la décision.

Contrairement au droit commun où les délais d'exercice des voies de recours ordinaires ainsi que l'exercice de ces voies de recours ont un caractère suspensif, en matière de procédures collectives cette règle de l'effet suspensif est écartée.

La décision d'homologation du concordat est exécutoire dès son prononcé avant l'expiration du délai d'appel et même au cas où appel a été interjeté. Il s'agit d'une exécution par provision comme le sont les ordonnances de référé.

Les raisons qui peuvent provoquer un appel de la part du ministère public peuvent avoir trait au non respect des règles impératives comme il en est prévu à l'article 127 alinéa 2 AU/PC où il est indiqué que le concordat ne peut valider les avantages particuliers consentis à un créancier ou à un groupe de créanciers.

Le concordat peut également être rejeté. A l'opposé de l'appel contre l'homologation du concordat, celui contre la décision de rejet peut être exercé aussi bien par le représentant du ministère public que par le débiteur.

Le rejet du concordat fait grief plus au débiteur qu'à tous les autres intervenants ou acteurs de la procédure dans la mesure où ce projet de contrat judiciaire comporte un ensemble de propositions bien élaborées allant dans le sens de permettre un sauvetage de l'entreprise en cessation des paiements.

La lecture des articles 125, 126 et 127 AU/PC suscite une interrogation sur le moment où intervient la décision d'homologation.

L'article 126 dispose que la constatation par la juridiction compétente de la réunion des conditions prévues à l'article 126 vaut homologation alors que l'article 127 ajoute aux préalables édictés à l'article 125 des conditions supplémentaires tenant au respect de l'intérêt collectif, de l'ordre public, du caractère sérieux du concordat ainsi que le

---

<sup>8</sup> F. Derrida, préface ouvrage Y. Chassagnon, « L'intervention judiciaire dans les entreprises en difficulté », Techn. doc. Lavoisier, 1986.

remplacement des dirigeants de la personne morale dont la substitution est proposée dans les offres concordataires. Les dispositions de ces textes renferment en elles des contradictions qu'il faut élaguer.

L'autre voie de recours aménagée au ministère public au cours du suivi judiciaire de la procédure concerne l'exercice de l'action en nullité.

### Paragraphe II. L'exercice de l'action en nullité

L'action en nullité s'exerce pour une cause déterminée (A) et est enfermée dans des délais (B).

#### A Le fondement de l'action en nullité

Le concordat même s'il épouse parfaitement les contours d'une décision de justice demeure un contrat. Il est par conséquent soumis aux mêmes conditions de validité des contrats en général parmi lesquelles la liberté du consentement.

Cependant le droit communautaire des procédures collectives n'a retenu que le dol comme cause d'annulation du concordat et a précisé les vices qui doivent l'affecter pour que la nullité soit prononcée.

Il s'agit d'une dissimulation de l'actif ou d'une exagération du passif. La dissimulation de l'actif peut consister en une réduction substantielle de l'étendue des créances et de leur montant ainsi que celle de l'actif immobilisé dans la seule intention de surprendre le vote des membres de l'assemblée concordataire.

Il en est de même de l'exagération du passif. Toutes ces deux conditions d'existence du dol ont en commun de présenter l'entreprise ou le débiteur sous de mauvais jours et, d'amener les créanciers à adhérer au plan de sauvetage alors que la situation financière ne rendait pas possible le prononcé d'une décision de redressement.

Il s'agit de la sanction d'une absence de sincérité dans la présentation des comptes et documents comptables.

## B Le délai d'exercice de l'action en nullité

L'exercice de l'action en nullité est renfermé dans un délai au-delà duquel, l'inertie du parquet profite au débiteur en cessation des paiements dont le concordat ne peut plus être attaqué.

La prescription en matière commerciale prévue par le droit communautaire est de cinq ans<sup>9</sup>. Mais ce délai peut être réduit dans certaines matières comme en matière de procédures collectives où le traitement des difficultés dont souffre une entreprise doit être effectué de façon rapide pour effacer toute incertitude dans l'esprit des créanciers quant à leurs chances de paiement.

En effet, la suite d'une procédure collective dépend surtout du sort réservé au concordat dont l'homologation débouche ipso facto sur le redressement alors que son rejet entraîne la liquidation des biens.

Cependant il y'a lieu de préciser que le ministère public en tant que partie à la procédure n'a pas de prise sur la décision à prendre par le tribunal qui dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain.

En effet l'annulation d'un concordat engendre des effets néfastes non seulement pour le débiteur mais aussi pour les créanciers et pour les travailleurs. La continuation d'activité qui est le corollaire du redressement judiciaire est facteur de maintien de l'outil de travail des salariés qui constituent des éléments vulnérables dans la procédure.

## CHAPITRE II LE CONTROLE DE L'APPLICATION DES SANCTIONS

Les sanctions prévues par le droit des procédures collectives ont trois rôles principaux : un rôle de dissuasion qui amenuise les risques de voir les dirigeants sociaux ou le débiteur commettre des fautes pouvant engager leur responsabilité, un rôle d'élimination par rapport aux débiteurs indécis et le paiement des créanciers.

---

<sup>9</sup>(Article 18 ALJ/DCG).

En tout état de cause les sanctions qui peuvent être appliquées à l'issue d'une procédure collective peuvent être civiles (**Section I**) et pénales (**Section II**).

## SECTION I LES SANCTIONS CIVILES

Les sanctions qui peuvent être prononcées même si elles ne sont pas initiées par le parquet (**Paragraphe I**) celui-ci n'est cependant pas totalement absent puisqu'il peut intervenir en deuxième instance (**Paragraphe II**)

### Paragraphe I L'initiative de l'application des sanctions

Les sanctions personnelles prévues par le droit des procédures collectives sont essentiellement constituées par la faillite personnelle obligatoire et la faillite personnelle facultative.

Les faits constitutifs de faillite sont variés et sont énumérés par les articles 196 et 197 AU/PC en ce qui concerne la faillite personnelle obligatoire et 198 AU/PC en ce qui concerne la faillite personnelle facultative.

Comme leur nom l'indique, les faits pouvant être à l'origine de la faillite personnelle obligatoire sont par leur nature plus graves que ceux qui peuvent déboucher sur une faillite personnelle facultative.

Les faillites qu'elles soient obligatoires ou facultatives sont par leur nature des sanctions civiles. Il en résulte que lors de leur mise en œuvre le rôle du parquet se réduit à être informé du déclenchement de l'action tendant à l'application des dites sanctions.

L'acte de saisine qui conduit le tribunal à statuer sur les cas de faillites est constitué par le rapport qui doit être dressé par le syndic et transmis au juge-commissaire habilité à saisir le tribunal.

Le pouvoir du syndic dans l'établissement du rapport n'est pas très déterminant puisque sa carence peut être suppléée par le juge-commissaire.

Dès que le rapport est transmis au tribunal, celui-ci demeure seul investi du pouvoir d'appréciation quant à la suite à réserver à la procédure. Le ministère public intervient de

manière active dans l'exécution de la décision qui sera prise par le tribunal car il est seul habilité à assurer son exécution<sup>10</sup>.

La réglementation des sanctions de faillite personnelle qui sont par leur nature civiles emprunte quelques traits aux sanctions pénales surtout en ce qui concerne l'exécution des décisions rendues et l'aménagement des voies de recours.

### Paragraphe II La contestation des décisions rendues

Le représentant du procureur de la République est investi du droit de relever appel de la décision ayant statué sur la faillite personnelle des dirigeants de l'entreprise ou du débiteur personne physique.

Cette voie de recours à l'image des autres ayant fait l'objet d'études dans les paragraphes précédents marque l'omniprésence du parquet à tous les stades de la procédure même en 2ème ressort.

Une interrogation se pose quant au droit du parquet de relever appel d'une décision ayant été rendue au terme d'une procédure dans laquelle il n'a pas été partie.

C'est pourquoi ce traitement préférentiel a été l'objet de critique en doctrine<sup>11</sup>. En effet il a été dit que le fait qu'il donne son avis ne lui confère nullement la qualité de partie mais de simple intervenant qui ne saurait avoir d'action propre puisqu'il n'émet aucune prétention.

Or de manière générale les règles de la procédure civile instituent précisément le droit d'appel au bénéfice des plaideurs dont la prétention n'a pas été accueillie comme le débiteur ou les dirigeants sociaux.

Et même au cas où ces derniers interjettent appel le parquet intervient puisque le syndic est appelé en cause à sa requête. Ce qui n'est pas le cas pour les sanctions pénales.

---

<sup>10</sup> Article 195 AU/PC

<sup>11</sup> Jean François Renucci, Le parquet et les faillites, Revue de Science Criminelle et de Droit Comparé, 1990.

## Section II LES SANCTIONS PENALES

Les sanctions pénales sont principalement dévolues au parquet (**Paragraphe I**) même si d'autres intervenants peuvent les mettre en œuvre (**Paragraphe II**).

### Paragraphe I La mise en œuvre de l'action publique par le parquet

Les infractions prévues par le droit communautaire et dont la poursuite est possible au ministère public sont les délits de banqueroute et les infractions assimilées.

Les faits susceptibles d'entraîner la constitution du délit de banqueroute sont variés.

Classiquement, des sanctions pénales sévères ont de tout temps été prévues contre les commerçants personnes physiques auxquelles on doit assimiler les associés ou membres de personnes morales tenus indéfiniment et solidairement du passif.

L'Acte Uniforme fait une distinction entre les faits pouvant constituer le délit de banqueroute à l'égard des débiteurs personnes physiques et à l'endroit des dirigeants sociaux.

La mise en œuvre de l'action publique tendant à sanctionner le délit de banqueroute dont serait convaincu un débiteur ou un dirigeant social par le parquet apparaît comme un acte logique puisque, cet organe même s'il n'est pas partie dans la procédure car ne pouvant déclencher l'ouverture d'une procédure collective, est le principal défenseur de l'ordre public qui se trouve troublé par la commission du délit de banqueroute.

Il est connu que le parquet dispose de différents modes de saisine du tribunal. Il peut s'agir de la voie de la citation directe ; dans ce cas un exploit d'huissier également appelé citation directe est servi au débiteur et enrôlé auprès de la juridiction compétente à la diligence du parquet.

Cet acte saisit le tribunal compétent et lui permet de statuer sur les faits qui lui sont déférés et qualifiés de délit par le ministère public.

Il peut également agir au moyen d'un réquisitoire introductif qui saisit un juge d'instruction qui demeure maître de la procédure, poursuit selon toutes les voies de droit et peut inculper toute personne qu'il estime avoir participé à la commission de l'infraction.

A la fin de son information il rend soit une ordonnance de non-lieu s'il estime que les faits ne constituent pas le délit de banqueroute ou une infraction à la loi pénale soit rend ,dans le cas contraire, une ordonnance de renvoi qui saisit le tribunal compétent.

Par contre la voie du flagrant délit prévue en droit sénégalais ne semble pas pouvoir être possible du fait que ce procédé expéditif de mise en mouvement de l'action publique constitue une procédure d'exception qui ne peut s'opérer que si les faits objet de la poursuite ne nécessitent aucune investigation car étant commis de manière flagrante. Elle ne peut, au demeurant, être utilisée par les autres intéressés.

### **Paragraphe II La mise en œuvre de l'action publique par les autres intéressés**

L'action publique pour l'application des peines de banqueroute peut être déclenchée par les parties civiles et autres intéressés. Ces derniers, comme le parquet, ont différentes voies pour mettre en mouvement l'action publique. Il s'agit de la voie de la plainte avec constitution de partie civile et de celle de la citation directe.

La plainte avec constitution de partie civile est une voie de mise en mouvement de l'action publique réservée à toute personne victime d'une infraction.

Aux termes de l'article 76 du code de procédure pénale sénégalais « toute personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit peut, en portant plainte devant le juge d'instruction, se constituer partie civile, soit en comparaisant personnellement ou par ministère d'avocat soit par lettre ».

Le juge d'instruction saisi de la plainte avec constitution de partie civile procède à la communication de la plainte au ministère public. Le parquet doit à la suite de cette communication prendre un réquisitoire aux fins d'informer ou de non informer.

Il prend le premier parti lorsque les faits tels que décrits sur la plainte sont de nature à recevoir une qualification pénale. Dans le cas contraire il prend un réquisitoire de non informer.

L'article 77 du code de procédure pénale précise d'ailleurs que le procureur de la République ne peut saisir le juge de réquisitoire de non informer que si ,pour des causes affectant l'action publique elle-même les faits ne peuvent légalement comporter une

poursuite pénale ou si, à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale.

Quant à la citation directe, elle saisit directement la juridiction de jugement par un exploit d'huissier devant comporter le délit ainsi que les textes qui le prévoient et le répriment.

Que ce soit dans le cadre d'une plainte avec constitution de partie civile ou d'une citation directe, les personnes pouvant mettre en mouvement l'action publique pour l'application d'une peine consécutive à la consommation du délit de banqueroute et des délits assimilés, sont énumérées par l'AU/PC en son article 234 : il s'agit du syndic et des créanciers.

Il en résulte que les organes qu'ils soient judiciaires ou non en sont exclus ; ce sont le juge-commissaire et les contrôleurs.

Mais il y a lieu de faire remarquer que si ces organes ne peuvent pas mettre en mouvement l'action publique, ils ne sont cependant pas totalement exclus de la procédure.

Il est en effet prévu que le syndic ne peut agir au nom de la masse que s'il y a été autorisé par le juge-commissaire et les contrôleurs entendus.

La subordination de la mise en mouvement de l'action publique par le syndic, au cas où il agit au nom de la masse, constitue un frein pour l'exercice de son action alors qu'il est le représentant des créanciers au cours du déroulement de la procédure même s'il y a lieu de reconnaître que le déclenchement d'une poursuite constitue un acte grave qui requiert des lourdeurs procédurales pour filtrer les actions fantaisistes.

En tout état de cause le fait que les sanctions pénales n'ont pas d'effet sur le paiement des créanciers limite l'intérêt du syndic à les engager.

## TABLE DES MATIERES

Bibliographie.....	1
Introduction .....	2
Première partie : Le ministère public dans le déclenchement des procédures collectives.....	8
Chapitre I : Le ministère public et la saisine de la juridiction compétente.....	8
Section I : Le ministère public, une source d'informations privilégiée.....	8
Paragraphe I : La nature des informations données .....	8
Paragraphe II : Les effets des informations données .....	10
Section II : Le ministère public, une source d'informations en concurrence.....	11
Paragraphe I: La nature des organes concurrents .....	11
A : Les associés ou membres des personnes morales .....	12
B : Les commissaires aux comptes .....	13
C : Les institutions représentatives du personnel.....	14
Paragraphe II : Le contenu des informations .....	15
Paragraphe III : La collaboration entre le ministère public et les autres organes .....	16
Chapitre II: Le ministère public et le déroulement des procédures collectives .....	17
Section I : La communication au profit du ministère public.....	18
Paragraphe I : La communication du rapport sur la situation apparente du débiteur.....	18
Paragraphe II : La communication du rapport avant la décision de continuation d'activité et des résultats et des résultats de l'exploitation en cas de continuation d'activité.....	19
Section II : La communication à la charge du ministère public.....	19
Paragraphe I : La communication à la demande du juge-commissaire.....	20

Paragraphe II : La communication d'office.....	20
Section III : La communication des décisions .....	21
Paragraphe I : La communication de la décision d'ouverture .....	21
Paragraphe II : La communication de la décision de clôture.....	22
Deuxième partie : Le ministère public et le contrôle des procédures collectives .....	24
Section I : Le contrôle de la gestion économique .....	24
Paragraphe I : La conclusion du contrat de location-gérance .....	24
Paragraphe II : La résolution du contrat de location-gérance .....	25
Paragraphe III : La conclusion du concordat.....	26
Section II : Le contrôle de la gestion judiciaire .....	27
Paragraphe I : Le droit de relever appel de la décision d'homologation du concordat.....	27
Paragraphe II : l'exercice de l'action en nullité .....	29
A : Le fondement de l'action en nullité .....	29
B : Le délai d'exercice de l'action en nullité.....	30
Chapitre II : Le contrôle de l'application des sanctions .....	31
Section I : Les sanctions civiles .....	31
Paragraphe I : L'initiative de l'application des sanctions .....	31
Paragraphe II : La contestation des décisions rendues .....	32
Section II : Les sanctions pénales .....	33
Paragraphe I : La mise en œuvre de l'action publique par le ministère public.....	33
Paragraphe II : La mise en œuvre de l'action publique par le ministère public.....	33
Paragraphe III : La mise en œuvre de l'action publique par les autres intéressés .....	34

