

III^e édition du Congrès Africain des Juristes d'entreprises (COJA 2010)

Organisé par le Centre africain pour le Droit & le Développement



Recouvrement de créance et crise financière : à la recherche de solutions alternatives

Joseph DJOGBENOU
Agrégé des facultés de droit
Droit privé et sciences criminelles
Avocat au Barreau du Bénin

<i>I – Introduction</i>	2
<i>I - Les solutions alternatives au plan des règles de fond</i>	4
A – Les techniques facilitant l'exécution du contrat	4
1 – La sauvegarde du contrat éteint	4
2 – Le devenir des relations contractuelles	5
B – Les mécanismes favorisant la consommation du droit	5
1 – Les mécanismes résultant du droit positif	6
2 - Les mécanismes inspirés du droit comparé	7
<i>II – Les solutions alternatives au plan judiciaire</i>	7
A – La correction des obstacles liés à l'exécution forcée	7
B – La recherche de la sécurité judiciaire	8

I – Introduction

1. Le 27 janvier 2010, le Gouvernement français a discuté en Conseil des Ministres d'un projet de loi qui ouvre la possibilité de création d'un patrimoine professionnel séparé : il s'agit du projet de loi relatif à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. L'institution d'un véritable patrimoine d'affectation semble être l'une des conséquences de la crise de l'entreprise, ou, plutôt, l'une des solutions à cette crise.
2. Au fond, la crise, c'est-à-dire, cette « manifestation soudaine ou aggravation brutale d'un état morbide »¹, ou, plutôt, cette « période décisive ou périlleuse de l'histoire »,² ou encore cette « rupture d'équilibre entre grandeurs économiques »,³ appliquée à l'entreprise, c'est-à-dire, au sens organique, à l'établissement industriel ou commercial, a provoqué dans les esprits, une mutation profonde des rapports avec l'entreprise.
3. On le sait, les entreprises sont des espèces commerciales, des individus du monde des affaires qui, à l'instar de ce qu'on a coutume d'appeler le destin de l'homme, naissent, vivent et meurent. Dynamiques, elles s'épanouissent sans grand encombre. Fébrile, elles sont souvent victimes de pathologies internes et externes dont le traitement, à titre préventif ou curatif a de tout temps appelé l'intervention constante du législateur.
4. Mais l'entreprise n'est pas n'importe quelle espèce. Elle est unité de vie économique et sociale, garante de la paix lorsqu'elle consomme des emplois, actrice de prospérité quand elle produit des biens et services, quand elle génère de la plus-value que l'Etat s'occupe de redistribuer. Elle est cadre de vie simplement et, en tant que tel, réceptacle et espace d'expression et d'affrontement des intérêts d'ordre public et privé. Le législateur l'a bien compris, quand il fixe un cadre juridique pour l'expression de ces intérêts et un mécanisme d'arbitrage de leur affrontement.
5. L'importance économique et sociale de l'entreprise a conduit le corps social à envisager des mécanismes de résolutions des litiges qui sont liés à son environnement de au moyen de règles qui tranchent avec le droit commun.
6. Des matières particulières fixent, sur des fondements précis, le cadre juridique d'expression des intérêts de tous ordres au sein de l'entreprise. Aussi, le droit du travail et celui de la sécurité sociale règlent-ils les rapports sociaux.⁴ La création des sociétés commerciales, leur fonctionnement, leur transformation, fusion ou disparition ainsi que les relations des différents acteurs au sein de la société sont réglés par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique ; les relations commerciales étant soutenues par l'acte uniforme relatif au droit commercial général.
7. Les difficultés de l'entreprise sont soumises à une législation tout aussi particulière contenue dans l'acte uniforme sur l'organisation des procédures collective d'apurement du passif. Les procédures collectives constituent le traitement prescrit aux entreprises en difficulté. Ce sont l'ensemble des mécanismes juridiques permettant de réunir les créanciers en vue de régler les difficultés

¹ Le Petit Larousse, dictionnaire 2008.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Au Bénin, les relations sociales au sein de l'entreprise sont réglées suivant les dispositions de la loi n°98-004 du 27 janvier 1998 portant code du travail. Cette matière sera bientôt communautarisée dans l'espace Ohada suivant un acte uniforme en cours d'élaboration.

financières et économiques de leur débiteur. Ces procédures sont dites collectives en ce qu'elles conduisent à réunir les créanciers en une masse d'une part et en ce qu'elles visent à satisfaire collectivement les intérêts mis en péril par les difficultés de l'entreprise débitrice d'autre part.

8. L'entreprise, en quelque sorte, est perçue notamment comme un cadre de transaction. De la qualité de l'exécution de celles-ci, dépendent, évidemment, la qualité de l'économie et, au-delà, de la vie sociale.
9. Le recouvrement de créance pourrait s'entendre comme l'ensemble des règles qui préparent, formalisent et consacrent, la jouissance effective d'un droit ou d'une créance par son titulaire. Ce sont, pour ainsi dire, les règles qui rendent possible la réalisation du droit. Il intègre l'ensemble des techniques, amiables, juridiques et judiciaires qui donne au créancier le pouvoir de contraindre le débiteur à l'exécution de ses engagements.
10. On peut alors poser l'hypothèse : la crise de l'entreprise emporte, dans son flot, celle des transactions au cœur des activités commerciales. Particulièrement, ou corrélativement la crise de l'exécution des engagements, ou, de manière technique, des obligations. Celles-ci étant la partie essentiellement visible du contrat. Crise de l'entreprise, crise du contrat et crise des obligations contenues dans le contrat. Tout est en crise parce que tout est lié. On le voit bien, sous nos cieux tropicaux : le crédit est encore plus difficile d'accès en raison de ce que le recouvrement des créances bancaires est hypothéqué du fait, en partie, de la crise de l'entreprise. Les Etats deviennent des banquiers et se substituent, sous le prétexte de la distribution de microcrédits, aux banques et établissements financiers.
11. Et on nous pose la question à laquelle dans d'autres cadres ou enceintes, on essaie de fournir réponse : Y a-t-il une alternative au recouvrement des créances dans le contexte de la crise des entreprises corolaire de la crise financière ? Si oui, quelles seraient-elles ?
12. L'interrogation n'est pas sans intérêts. Avec la crise, les Etats et les groupes sociaux sont ébranlés. En Afrique, les Etats sont quasiment impuissants à réagir efficacement. La paupérisation prend une dimension considérable et les réponses communautaires ne suffisent pas encore à relever les ménages. Le climat de méfiance est à l'image de l'épée de Charlemagne : il est fort pesant. Les solutions juridiques et judiciaires au plan classique ne permettent pas encore de dégeler ce climat et de retrouver une croissance de nature à dynamiser l'économie. Il importe alors, à cet égard, de rechercher s'il existe encore des ressources techniques à mettre dans le panier de la réflexion, en particulier, sur le terrain du recouvrement des créances.
13. On l'aura compris : Il n'y a pas d'alternative hors la règle de droit et sa mise en œuvre. Parce que les difficultés de recouvrement semblent émanées de l'insuffisance ou du défaut de compatibilité de la pratique juridique avec les mutations au sein et autour de l'entreprise, les solutions alternatives pourraient résider en l'adaptation des règles de fond. Parce que, également, les difficultés de recouvrement semblent résulter de l'inadéquation du système judiciaire, notamment des rapports entreprise-justice, les solutions alternatives pourraient également être recherchées dans la cohérence du binôme entreprise justice.
14. Même s'il est vrai que la réflexion engagée a pour cadre les Etats africains membre de l'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires (OHADA), les solutions auxquelles on parviendra ne sont pas sans rapports avec d'autres systèmes juridiques et économiques, notamment européen.

15. C'est pourquoi il nous paraît utile de rechercher la réponse à la problématique en deux volets : **les solutions alternatives au plan des règles de fond**, puis, **les solutions alternatives au plan du rapport entreprise- justice**.

I - Les solutions alternatives au plan des règles de fond

16. Les règles matérielles au moyen desquelles les acteurs économiques engagent, conduisent et mettent en œuvre les relations transactionnelles pourraient être d'un utile secours au recouvrement des créances. Quoique non exhaustives, certaines solutions pourraient être envisagées, a priori et d'autre, a posteriori, le point de suture étant l'échéance à laquelle les obligations devraient être honorées.
17. On en vient ainsi à isoler les techniques facilitant l'exécution stricto sensu du contrat (**A**) des mécanismes favorisant la consommation du droit (**B**).

A – Les techniques facilitant l'exécution du contrat

18. Deux propositions orienteront les solutions préconisées : la première est qu'il faut sauver le contrat éteint pour sauver les obligations et leur exécution, la seconde est qu'il faut mieux assurer le devenir des relations contractuelles.

1 – La sauvegarde du contrat éteint

19. On sait qu'en principe, la résolution du contrat conduit à son anéantissement rétroactif. La jurisprudence en tire même la conséquence de sa caducité,⁵ c'est-à-dire celle de toutes ses clauses. Mais il existe néanmoins certaines exceptions, nées de la survie de certaines obligations après le contrat. Il en est surtout ainsi des clauses qui préviennent l'inexécution de ces obligations ou de celles qui organisent le traitement des différends.
20. Leur pertinence avérée ou éprouvée les élève en solution alternative.
21. En ce qui concerne l'organisation de l'inexécution du contrat, on évoquera d'abord la clause pénale. Il s'agit, dans le cadre de la présente réflexion, de la « *clause comminatoire en vertu de laquelle un contractant s'engage, en cas d'inexécution de son obligation principale (ou en cas de retard dans l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages-intérêts une somme forfaitaire...* ».⁶ Cette peine stipulée au profit du créancier ne peut, en principe, ni être modérée, ni être augmentée par le juge, à moins qu'elle soit manifestement excessive ou dérisoire (art. 1152 C. Civ.). On voit bien que la clause pénale pourrait avoir un effet moratoire (sanctionner le retard dans l'exécution du contrat) ou compensatoire (sanctionner l'absence d'exécution du contrat).
22. Selon l'un ou l'autre de ces effets, on considère que la clause survivra ou non à la résolution. On a considéré, en doctrine⁷ que lorsque la clause a un effet moratoire, elle ne peut être maintenue en cas de résolution puisqu'elle n'a plus d'objet. Par contre, lorsqu'elle est compensatoire, son objet n'est pas celui du contrat de base. Il en est distinct et justifie que la clause soit autonome, ou séparable du contrat principal. Certains ont pu parler du « contrat de clause pénale ».

⁵ Cass. 1^e Civ. 3 octobre 1973; Bull.civ. I n° 262.

⁶ CORNU, G., « Vocabulaire juridique », Association H. CAPITANT, PUF, Paris, 2007, p. 613.

⁷ DEMOGUE, R., « Traité des obligations en général, effets des obligations », t. IV, 1931, n°471.

23. On évoquera, ensuite, les clauses d'indemnisation qui ont pour objet de régler les conséquences de l'inexécution d'un contrat. Ce sont des clauses de nature indemnitaire ayant, par exemple, pour objet, de prévoir l'indemnisation de celui qui aura à supporter des frais de restitution ou celle de celui qui subit une dépréciation relative à l'utilisation d'un bien. Cette clause survit également, selon la Cour de cassation française, à la résolution du contrat initial.
24. En ce qui concerne le traitement des différends, on se contera de rappeler la clause compromissoire et la clause attributive de compétence ou de juridiction. Par la première, les parties conviennent, ab initio, dans leur contrat, que les différends qui naîtront de l'exécution de la convention seront portés à la connaissance d'un tribunal arbitral dont elles prévoient le mode de désignation ainsi que, éventuellement, la loi qu'il appliquera. Par la seconde, les parties désignent la juridiction apte, suivant leur volonté, à connaître de leur litige. Elles provoquent ainsi la prorogation de compétence de cette juridiction.

2 – Le devenir des relations contractuelles

25. Dans le milieu des affaires et, particulièrement, celui des entreprises, une obligation est constante : la prévision du sort des relations. Celle des rapports contractuels appelle encore plus l'attention en période de crise. Deux outils retiendront notre attention : les clauses de renégociation ainsi que les clauses de prorogation.
26. Sur la renégociation, elle a pour objet, en dépit des difficultés, d'organiser l'éventuelle poursuite des relations contractuelles entre les parties, c'est-à-dire la survie du contrat. La renégociation du contrat peut être spontanée. A l'approche du terme du contrat, les parties éprouvent le besoin de se rencontrer en vue de discuter des conditions de la poursuite de leurs relations.
27. Mais cette clause pourrait bien être insérée au contrat initial. Elle est encore appelée « clause de reprise de contact ». Elle prévoit qu'au terme des relations ou à une période déterminée avant le terme des relations, les parties se rencontreront pour examiner s'il y a lieu de conclure un nouveau contrat ou d'allonger les termes de celui qui est en cours d'exécution.
28. En ce qui concerne la prorogation, c'est une technique voisine de la renégociation. Certains la considèrent comme « la convention modificative par laquelle les parties reportent l'échéance du terme extinctif ».⁸ Pour d'autres, « la prorogation d'un contrat appelée "report" ou "substitution du terme" consiste en son prolongement et tient au fait de proroger le terme extinctif prévu au contrat et, partant, de prolonger son existence ».⁹ En quelque sorte, c'est la pratique de l'avenant à laquelle les acteurs du milieu des affaires sont habitués.
29. Si au fond, il importe de faciliter l'exécution du contrat, il est aussi nécessaire d'assurer au mieux la consommation du droit qu'il produit.

B – Les solutions alternatives favorisant la consommation du droit

30. On recherchera d'abord les mécanismes résultant du droit positif avant d'envisager ceux inspirés du droit comparé.

⁸ GHESTIN, J., « Traité de droit civil, effets du contrat », LGDJ, 1994, n° 223

⁹ MOUSSERON, J. M., « Technique contractuelle », éd. Fr. LEFEBVRE, 2^{ème} éd., 1999, p. 353, n°915.

1 – Les mécanismes résultant du droit positif

31. L'article 1234 du Code civil énumère les modes d'extinction des obligations. On y retrouve le paiement, la novation, la remise volontaire, la compensation, la confusion etc. Parmi les modes alternatifs au paiement, il est suggéré l'usage de la novation, de la compensation et, surtout, la dation en paiement.
32. La novation est la convention au moyen de laquelle une obligation est éteinte et remplacée par une nouvelle, soit par changement du débiteur, soit par celui du créancier. Mode de recouvrement par voie d'extinction de l'obligation, la novation intervient à titre exceptionnelle (art. 1271 et s. du C. Civ.).
33. La compensation s'entend de l'extinction de deux dettes réciproques jusqu'à concurrence de la plus faible, suivant les termes des articles 1289 et s. du C. Civ. Elle est d'un intérêt marqué, notamment dans les pays où la présence de l'Etat est fortement accentuée dans l'économie et, subséquemment, l'extension du domaine des biens insaisissables d'origine publique du fait de l'immunité d'exécution dont bénéficient ces personnes publiques. Il en est surtout ainsi dans les Etats membres de l'OHADA. Mais l'acte uniforme relatif à l'organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution¹⁰ en empruntant, à juste raison, l'outil de la compensation. L'article 30, al. 1 et 2 de cet Acte uniforme dispose, en substance :

« L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution.

Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité ».

34. La compensation n'intervient qu'entre dettes certaines, liquides et exigibles.
35. Quant à la dation en paiement, elle procède de l'article 1243 du Code civil : « Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou égale ou même plus grande ». Elle consiste, de la part du débiteur, de transférer la propriété d'un bien à son créancier, en remplacement de la prestation convenue. Elle est notamment recommandée en vue d'éviter au créancier l'aléa lié au temps de la procédure ainsi que la concurrence éventuelle d'autres créanciers, pendant la phase de la distribution des deniers.
36. Enfin la cession de créance. C'est la convention par laquelle une personne, le cédant, transfère à une autre personne, le cessionnaire, une créance, qu'il détient contre un tiers, le débiteur cédé. Sur le fondement de l'article 1689 du Code civil, la cession de créance décline, sous son aspect moderne, vers l'affacturage, c'est-à-dire cette opération par laquelle un établissement de crédit, appelé « factor » ou « affacteur », règle, moyennant rémunération, les créances commerciales de l'un de ses adhérents. Par le mécanisme de la subrogation, il se substitue à son adhérent mais ne dispose aucun recours contre celui-ci en cas de défaillance du débiteur cédé. Par la voie de l'affacturage, des ressources financières peuvent être mobilisées au profit des entreprises.
37. Mais il s'agit déjà de solutions alternatives inspirées du droit comparé.

¹⁰ JO OHADA n° 6, 1^{er} janvier 1998, pp. 1 et s.

2 - Les mécanismes inspirés du droit comparé

38. L'on se contentera de souligner l'intérêt, en droit étranger, notamment anglo-américain et européen attaché à la fiducie. Elle s'analyse d'abord en une sûreté avec dépossession. C'est la garantie par laquelle un créancier devient l'acquéreur apparent d'un bien qui lui est transmis par son débiteur, et qui sera restitué à ce dernier lorsque la dette sera éteinte. Certains établissements financiers ont recours à ce mécanisme qui n'est pas formellement prévu par le droit posé dans l'espace OHADA, afin de permettre à leur débiteur, même en cas d'adjudication judiciaire à leur profit, de l'immeuble de ce dernier, de reprendre le bien à la suite du règlement de sa dette.
39. Il est vrai que la fiducie s'entend également d'une opération de gestion de patrimoine.

II. Les solutions alternatives au plan judiciaire

40. Une question : peut-on se passer du recouvrement contraint des créances, ou encore, de l'exécution forcée ? Il faut bien comprendre qu'à bien des égards, le créancier, en présence du retard dans l'exécution ou du refus de l'exécution des obligations ou engagements de son débiteur, ne pourrait pour longtemps, se passer, à son tour, ni de l'exécution, ni, plus souvent, de l'exécution forcée.
41. Il est vrai que certaines expériences sont en cours d'être expérimentées dans certains Etats de l'Afrique francophone : le recouvrement par les structures non judiciaires.
42. Il importe de souligner que ce recouvrement demeure forcée, en raison de ce qu'il intervient dans l'hypothèse de refus de paiement d'une dette. Même s'il est non judiciaire au départ, il finit, par voie d'incident, à rejoindre l'enceinte judiciaire. Il serait alors difficile d'envisager une alternative au recouvrement judiciaire entendu comme les voies d'exécution forcée.
43. Il est permis en revanche d'œuvrer, de *lege ferenda*, à l'assouplissement des règles relatives aux procédures d'exécution, aussi bien mobilières qu'immobilières.
44. Le parcours emprunté par le titre exécutoire avant d'être exécuté constitue une voie de réfrigération des créances plutôt qu'une voie de consommation de celle-ci.

A. La correction des obstacles liés à l'exécution forcée

45. Une première orientation consiste à soulager les procédures d'exécution de certains obstacles : la contestation suspensive de la saisie-vente de l'article 139 de l'acte uniforme relatif à l'organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ainsi que l'assainissement du contentieux du délai de grâce de l'article 39 du même acte uniforme.
46. Il y a lieu de rappeler, en effet que la loi exige un titre exécutoire avant d'entamer une mesure à fin d'exécution. L'institution financière obtient le titre. La loi permet au débiteur de formuler une contestation. Dans la plupart des cas, la contestation suspend l'exécution, sine die. Le juge finit par trancher la contestation, en première instance, en moyenne, un an. L'une des parties saisit la Cour d'appel, en moyenne, deux ans. Au bout de trois ans de procédure, le contentieux de la contestation finit par être tranché. Mais la loi autorise le débiteur à solliciter un délai de grâce (art. 39 de l'acte uniforme sur les voies d'exécution). La cause passe devant le juge de première instance (encore un an) ; devant la Cour d'Appel (deux autres années) et ainsi de suite. Il faut

ajouter, au plan de la procédure, les délais saucissonnés, allongés, incertains. Les renvois pour cause de grève à répétition ; les renvois pour cause de journées décidées sans avertissement chômées, parce que l'équipe nationale de football gagne un match, ou parce que le chef de l'Etat souhaite voir danser son peuple au stade.

47. Créances réfrigérées, créances bloquées, créances irrécouvrables, tel est le lot quotidien du créancier dans les Etats de l'espace Ohada. Incertitude et insécurité gravitent autour de l'investissement et en alourdissent le risque.

B. La recherche de la sécurité judiciaire

48. Une seconde orientation serait de rendre compatible avec les dispositions de droit interne le juge institué par l'article 49 al. 1^{er} en charge du contentieux de l'exécution forcée conduisant à une sécurité judiciaire renforcée. Ainsi qu'il a été souligné, il ne s'agit, ni du juge des référés ordinaires, ne statuant ni en vertu de l'urgence, ni au provisoire. Il ne s'agit pas non plus du juge ordinaire de l'exécution, étant, bien entendu que le législateur de l'OHADA a institué une juridiction essentiellement présidentielle.

49. A l'insécurité juridique souvent dénoncée, correspond l'imprévisibilité judiciaire. Celle-ci se manifeste dans la plupart des Etats par la non disponibilité du personnel judiciaire, en tout cas en nombre suffisant. C'est l'une des causes de la lenteur judiciaire chronique et dangereuse pour le développement des affaires. A cela, s'ajoute, la faible imprégnation des normes communautaires par les juges, notamment ceux qui sont en fonction dans les juridictions de province. L'absence d'outils pertinents de travail, de formation continue, la routinisation de la profession de juger et sa banalisation, la délicatesse de l'interprétation de certaines règles, expliquent, en partie, une telle situation. On en arrive à des situations suffisamment grotesques dans lesquelles le juge met en délibéré l'instance d'adjudication, opère un renvoi de cette audience pour cause d'absence du débiteur, exige du créancier qu'il fasse comparaître le débiteur qui n'a inséré dans le cahier des charges ni dire ni observations etc.

50. L'institution judiciaire est aussi ébranlée par les tares de l'administration générale : corruption, mauvaise manière de travailler, la fréquence pathologique des journées fériées et chômées qui conduisent aux renvois sine die etc.

51. Les corrections nécessaires sont appelées.

52. Quelques propositions en guise de contribution. En dépit de ce que nous avons observé, les relations entre les deux composantes du binôme Entreprise-Justice est à l'image de la Tour Eiffel : elles ne se rouillent pas. Mais il faut les entretenir, pour le meilleur du développement des Etats membres de l'OHADA. Quelques voies sont possibles :

- 1- Organiser des sessions de renforcement des capacités entre les acteurs de la Justice, notamment des magistrats d'un pays, d'une juridiction donnée. Une pratique s'est instaurée au Bénin. Périodiquement, tous les magistrats du pays sont réunis par l'association professionnelle des banques en vue du renforcement de leur capacité sur les questions bancaires.

2- Procéder à une réforme adéquate de l'institution judiciaire.

3- Procéder aux réformes des règles matérielles du droit des affaires en vue de rendre plus efficace la circulation du crédit.

53. Dans tous les cas, il ne saurait y avoir un développement économique durable sans une convergence entre entreprise et justice.