

Le journal de la culture et des sciences

La loyauté : une exigence pour le dirigeant en droit des procédures collectives OHADA

Diane Horélie PALGO

Attachée de recherche, INSS/CNRST

Docteur en droit privé et sciences criminelles. Email : paldiho@yahoo.fr

Introduction

Ce document de vulgarisation est tiré d'un article scientifique portant sur « La probité du débiteur en droit des procédures collectives OHADA »¹. La loyauté incombe principalement aux premières responsables de l'entreprise, donc aux dirigeants. En effet, ce sont eux qui négocient et concluent les contrats avec des tierces personnes.

La loyauté du dirigeant se pose à tous les stades de vie de l'entreprise². Toutefois, elle est beaucoup plus cruciale en droit des procédures collectives notamment lorsque des difficultés surviennent au sein de l'entreprise. L'apparition de ces difficultés conduit à des actions dans le seul but de permettre la continuation de l'activité et de maintenir les emplois³. Accepter reconnaître l'existence de difficultés traduit une certaine loyauté. En effet, la reconnaissance des difficultés va conduire à la mise en œuvre d'actions nécessaires pour la poursuite de l'activité de l'entreprise. Les dirigeants sociaux sont investis d'une mission spécifique, celle de gérer et administrer l'entreprise⁴. Cette mission leur a été confiée sur la base d'une certaine confiance. Pèse alors sur eux l'exigence d'une certaine loyauté.

Cette loyauté n'est pas définie par le droit OHADA. La loyauté désigne la droiture, la sincérité⁵. Le dirigeant loyal est alors celui qui est sincère et franc⁶ et qui respecte les devoirs et règlements. La détermination de la loyauté du dirigeant d'entreprise impose d'analyser le comportement et les actions posées par ce dernier.

Une autre notion qui se rapproche de la loyauté, est la transparence. Elle impose de donner l'information vraie, entière sans aucune modification⁷. L'objectif à travers la loyauté est de : « privilégier et de renforcer l'information vraie, la transparence... »⁸. Il existe cependant une nuance entre les deux notions. La transparence implique une certaine nécessité et obligation de partager des informations avec certaines personnes. Pourtant, l'application de la loyauté va conduire dans certaines circonstances à ne pas divulguer certaines informations⁹.

La loyauté du dirigeant va permettre d'anticiper sur certaines difficultés et donc de trouver des solutions. De même être loyal permet au dirigeant d'une entreprise d'entretenir une bonne collaboration avec les co-contractants pour la pérennité de l'activité de l'entreprise. Les procédures collectives constituent le traitement prescrit aux entreprises qui rencontrent certaines difficultés. Elles comprennent : les procédures préventives et les procédures curatives. Les procédures préventives permettent de stopper certaines difficultés de l'entreprise avant

Le journal de la culture et des sciences

qu'elles ne s'aggravent (la conciliation et le règlement préventif). Il y a ensuite les procédures curatives qui visent à trouver la meilleure solution pour l'entreprise dont les difficultés sont déjà très graves dans la mesure où l'actif disponible de l'entreprise ne permet pas de faire face à son passif exigible.

Le dirigeant d'une entreprise est la personne qui est à la tête de l'entreprise¹⁰. Il exerce alors sur cette dernière un pouvoir de commandement¹¹. Le dirigeant peut être un dirigeant en droit (dirigeant en droit) et parfois seulement en fait (dirigeant de fait). En tant que premier responsable, le dirigeant est tenu d'avoir certaines qualités qui sont indispensables pour la prospérité de l'entreprise. Pour ce faire le Droit OHADA des procédures collectives exige implicitement du dirigeant d'être loyal durant sa direction et même après. L'absence de loyauté entraînera pour le débiteur des sanctions juridiques.

Ainsi il est nécessaire de se poser la question de savoir : quels sont les mécanismes prévus par le droit OHADA des procédures collectives pour contraindre le dirigeant d'une entreprise à diriger avec loyauté ? L'analyse des dispositions de l'Acte Uniforme portant Procédures Collectives d'Apurement du Passif (AUPC-AP) a permis de constater que le droit communautaire a prévu des sanctions civiles (I) et pénales (II) contre le dirigeant déloyal.

I- Un manque de loyauté sanctionné civilement

Les sanctions civiles correspondent à des sanctions prononcées par le juge afin de réparer un dommage. En droit des procédures collectives ces sanctions vont consister d'une part à contraindre le dirigeant déloyal à contribuer au paiement du passif de l'entreprise en difficultés (A), d'autre part à l'évincer dans certaines circonstances de la vie des affaires pendant un moment (B).

A- Par l'obligation pour le dirigeant de contribuer à payer le passif de l'entreprise

Le succès de l'entreprise dépend largement de l'attitude et du comportement que le dirigeant adopterait. Il est tenu d'agir en tout temps avec loyauté. Il ne peut ignorer qu'il doit agir en tout temps dans l'intérêt de la société et que l'intérêt de la société commande d'agir avec loyauté à tout moment et à tout instant de sa direction. La priorité dans la gestion de l'entreprise pour un dirigeant est de défendre l'intérêt social.

Si l'on constate que le dirigeant a posé certains actes qui ont été à l'origine de l'insuffisance de l'actifs de l'entreprise, le droit communautaire va condamner ce dirigeant à combler cette insuffisance. Pour ce faire, c'est son patrimoine personnel qui va être sollicité. Il va ainsi participer à payer les dettes de l'entreprise.

C'est la faute qu'il a commis qui va conduire à l'application d'une telle sanction. La faute consiste en l'accomplissement d'un acte illicite¹². « *La faute est l'action qui consiste à tromper, duper, abuser ou manquer à son engagement* »¹³. Celui qui décide volontairement de tromper une autre personne n'agit pas loyalement. Le dirigeant sera alors sanctionné lorsque cette

Le journal de la culture et des sciences

déloyauté à été à l'origine de l'insuffisance de l'actif de l'entreprise. Il faut alors pouvoir établir un lien de cause à effet entre cette faute du dirigeant et cette insuffisance. Elle concerne, entre autres, l'erreur de gestion, une imprudence ou une violation des règles légales ou statutaires¹⁴. Cependant, le droit OHADA n'a pas élaboré une liste de fautes considérés comme des fautes de gestion entrant dans le cadre de cette sanction. Cela implique alors que chaque comportement du dirigeant sera examiné au cas par cas, afin de déterminer si un tel comportement constitue une faute de gestion pouvant conduire à cette sanction. En droit français, l'absence de documents comptables récents, le désordre dans la gestion¹⁵ et le fait de percevoir une rémunération objectivement excessive alors qu'il existe une exploitation déficitaire¹⁶, ont été qualifiés comme des fautes de gestion conduisant à une sanction du dirigeant.

Le droit communautaire prévoit des possibilités de sanctionner le dirigeant dans certaines situations même en l'absence d'une faute de gestion. Ainsi, si son comportement a conduit l'entreprise à une procédure collective curative, il sera sanctionné même en l'absence de faute de gestion. Une liste de comportements est alors élaborée par le droit OHADA. Par exemple, le fait de disposer du crédit ou des biens de la société comme ses biens propres, ou d'utiliser par exemple la voiture de l'entreprise comme une voiture personnelle ou encore utiliser les cartes de carburant de l'entreprise pour son usage personnel. Allant dans le même sens, si le dirigeant poursuit abusivement dans son intérêt personnel une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale, il pourra être condamné à payer le passif de celle-ci. Ce qui signifie que le dirigeant était conscient que les actes qu'il a posés conduiront à des difficultés pour l'entreprise. C'est le cas également lorsque le dirigeant exerce une activité professionnelle sous le couvert de la personne morale afin de masquer ses agissements¹⁷.

Le respect des règlements est une preuve de loyauté. Le droit OHADA sanctionne ainsi le dirigeant qui osera agir à l'encontre des intérêts de la société, mais surtout agissant comme propriétaires de ces biens. Le dirigeant social est tenu à un devoir de loyauté envers la société. Il lui est par exemple interdit de concurrencer l'entreprise qu'il dirige. Cette sanction va consister pour le dirigeant à supporter le passif de la société sur son patrimoine personnel. Cela permet alors d'augmenter « *les garanties de paiement des créanciers sociaux* »¹⁸.

Toutefois, certains agissements du dirigeant vont conduire à l'exclusion de la vie des affaires pendant une période déterminée.

B- Par l'élimination du dirigeant du circuit des affaires

Le législateur OHADA impose au dirigeant de la personne morale une obligation de loyauté durant sa direction. La violation de cette obligation de loyauté pourrait conduire dans une certaine mesure à écarter le dirigeant de la conduite des affaires dans la mesure où sa déloyauté a occasionné des difficultés financières et économiques. Il s'agit vraisemblablement d'une sanction extrapatrimoniale qualifiée par le législateur communautaire de faillite personnelle. En effet, pour sanctionner professionnellement le débiteur, il faut qu'il pose des actes qui soient

Le journal de la culture et des sciences

contraires au mandat qu'il a reçu pour la gestion de la société. L'objectif de la faillite personnelle est d'« *éliminer le débiteur malhonnête du circuit des affaires et sanctionner son comportement* »¹⁹.

Le dirigeant qui a par exemple procédé à un détournement ou une dissimulation de l'actif de l'entreprise est un dirigeant malhonnête qui n'a pas agi dans l'intérêt de l'entreprise. Dans le même sens, lorsque ce dernier décide d'user des biens de l'entreprise comme des biens propres. Sans omettre aussi le fait d'exercer par personne interposée ou sous le couvert de la société, une activité indépendante civile, commerciale, agricole ou une fonction de gérant, administrateur, président, directeur général ou liquidateur, en violation d'une interdiction prévue par les Actes uniformes ou par la loi de chaque État partie²⁰.

La sanction va par exemple consister à prononcer contre le dirigeant déloyal l'interdiction générale d'exercer le commerce, de gérer ou d'administrer une entreprise commerciale²¹. Elle a cependant une durée limitée. En effet, elle « *ne peut être inférieure à six mois, ni supérieure à dix ans* »²².

Le droit OHADA par cette sanction accorde une importance capitale à « l'honnêteté ». Un dirigeant malhonnête n'a pas sa place dans le monde des affaires. Son manque de probité va influencer négativement sur l'économie des États membres. C'est la raison pour laquelle le droit communautaire ne s'est pas contenté des sanctions civiles. Il a prévu également des infractions pénales contre le dirigeant déloyal.

II- Un manque de loyauté sanctionné pénalement

En droit OHADA les sanctions pénales ne relèvent pas de la compétence du législateur communautaire. Cette compétence revient à chaque État. Le droit communautaire prévoit des incriminations pénales générales, et chaque État fixe les sanctions pénales correspondantes. Dans le cadre de la sanction pénale relative à la déloyauté du dirigeant d'entreprise c'est principalement l'infraction de banqueroute qui s'applique. La banqueroute est un délit pénal qui se fonde sur une gestion frauduleuse de l'entreprise. Il s'agit d'une sanction pénale que le droit communautaire réserve principalement au dirigeant qui n'a pas été loyal et qui ne s'est pas bien comporté durant la gestion de l'entreprise. Pour engager la responsabilité du dirigeant pour banqueroute il est nécessaire de déterminer au préalable les types de difficultés que l'entreprise rencontrent (A). L'examen des comportements déloyaux que le dirigeant a mis en œuvre est également indispensable (B).

A- La prise en compte des difficultés de l'entreprise

L'application de l'infraction requiert tout d'abord de déterminer les difficultés que rencontrent l'entreprise. L'infraction de banqueroute nécessite que les difficultés de l'entreprise soient importantes au point que son actif disponible ne puisse pas faire face à son passif exigible²³. Ainsi c'est l'état de cessation des paiements qui est l'élément déterminant. L'état de cessation

Le journal de la culture et des sciences des paiements peut conduire soit à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens²⁴. Toutefois le législateur communautaire ne fait pas de l'exigence de cet état de paiement une obligation incontournable.

Dans certaines situations, l'absence de cessation des paiements ne va pas empêcher la poursuite du dirigeant pour banqueroute simple ou frauduleuse. Cela implique que des difficultés moins graves seront prises en compte. Pour ce faire, la sanction pénale de banqueroute s'applique également au règlement préventif. Le règlement préventif est une procédure préventive. Le dirigeant d'entreprise qui rencontre des difficultés qui ne sont pas très graves (difficultés financières et économiques sérieuses)²⁵ peut solliciter l'ouverture d'une telle procédure afin de trouver une solution adéquate à ces difficultés par la conclusion d'un accord destinée à permettre un apurement de son passif. Cette procédure va ainsi lui permettre d'éviter la situation plus grave telle la cessation de paiement²⁶. Durant cette procédure, certains actes posés par le dirigeant vont être sanctionnés pénalement, car il n'est pas concevable qu'une personne qui rencontre certaines difficultés puisse poser des actes qui aggravent la situation de l'entreprise. Pour ce faire, le dirigeant qui pose des actes qui ne respectent pas les prescriptions du droit communautaire, en procédant par exemple sans autorisation au paiement de certaines créances nées avant la décision d'ouverture de la procédure de règlement préventif fera l'objet de sanctions pénales. Tel est également le cas si le dirigeant de l'entreprise qui rencontre des difficultés pose dans ces circonstances des actes de disposition étrangers à l'exploitation normale de l'entreprise²⁷.

Il faut néanmoins souligner que le législateur n'a pas prévu l'application de la sanction pénale à la procédure de conciliation. La procédure de conciliation étant une procédure confidentielle mais surtout consensuelle ne nécessite pas que le dirigeant qui recherche une solution adéquate de résolution des difficultés de son entreprise de concert avec ses contractants, soit sanctionné pénalement à ce stade.

L'identification du type de difficultés que l'entreprise rencontre doit être combinée avec des actes interdits et déloyaux du dirigeant afin de pouvoir engager sa responsabilité pénale.

B- La prise en compte des comportements déloyaux troublant l'ordre économique

La loyauté dans la gestion et la direction de l'entreprise, impose d'agir dans l'intérêt de l'entreprise. Certains actes posés par le dirigeant ne sont pas dans l'intérêt de l'entreprise, puisqu'ils ont conduit l'entreprise en cessation des paiements.

Lorsqu'un dirigeant fait retarder la constatation de l'état de cessation des paiements en procédant à des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, ou encore employer des moyens ruineux pour se procurer des fonds²⁸, il agit dans ces circonstances de façon déloyale. Ce dirigeant est conscient que l'entreprise est déjà en cessation de paiement et pose des actes

Le journal de la culture et des sciences

qui ne feront qu'aggraver la situation. La déloyauté se constate également par les actes de détournement ou de dissipation de tout ou d'une partie de l'actif de l'entreprise.

Le droit communautaire impose obligatoirement au dirigeant d'entreprise qui se trouve en cessation de paiement de déclarer cette cessation dans les trente (30) jours²⁹. Le dirigeant qui ne respecte pas ce délai pour la déclaration sans pouvoir le justifier, sera poursuivi pénalement pour banqueroute simple³⁰.

Sans omettre que la sanction pénale est également applicable lorsque pendant l'ouverture de la procédure de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens, le débiteur n'a pas fait preuve d'honnêteté lors de la présentation de l'état des créances et des dettes ou de l'état de l'actif et du passif. Le législateur communautaire qualifie expressément un tel comportement de mauvaise foi³¹.

Pour ce faire, la loyauté du dirigeant après la cessation des paiements est très importante. Cette loyauté va lui permettre d'éviter d'éventuelles poursuites pénales. De plus, cette loyauté lui sera profitable dans la mesure où le droit OHADA prévoit qu'en cas de clôture d'une procédure collective pour insuffisance d'actif, que les créanciers ne puissent pas exercer des poursuites individuelles contre le débiteur qui a été loyal.

Le droit pénal burkinabè prévoit pour l'infraction de banqueroute simple « une peine d'emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de deux cent cinquante mille (250 000) à un million (1 000 000) de francs CFA »³². Le droit togolais par contre prévoit que « Toute personne coupable de banqueroute simple est punie d'une peine d'emprisonnement d'un (01) mois à deux (02) an(s) et d'une amende de deux cent mille (200.000) à un million (1.000.000) de francs CFA³³.

La sanction est logiquement plus sévère lorsqu'il s'agit de la banqueroute frauduleuse. Au Burkina Faso, le dirigeant qui sera condamné pour banqueroute frauduleuse est passible d'une peine d'emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de un million (1 000 000) à cinq millions (5 000 000) de francs CFA³⁴. En droit togolais, ce dernier est passible d'une peine d'emprisonnement d'un (01) à cinq (05) an(s) et d'une amende de deux millions (2.000.000) à six millions (6.000.000) de francs CFA³⁵.

Conclusion

L'exigence de loyauté du dirigeant d'entreprise constitue un levier pour une éthique des affaires dans l'espace OHADA. La présence expresse de cette loyauté entraînera un développement des affaires dans l'espace.

Toutes ces sanctions (civiles et pénales) ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Il est donc possible de condamner le dirigeant à combler le passif de la société qu'il a contribué à créer, mais également d'adjointre une sanction pénale et même de l'évincer de la vie des affaires.

Le journal de la culture et des sciences

C'est la raison pour laquelle, « la loyauté est le meilleur système de défense »³⁶ pour le dirigeant surtout lorsque l'entreprise traverse des difficultés.

Notes

¹ PALGO Diane Horélie, « La probité du débiteur en droit des procédures collectives OHADA » *RARJP*, Vol 3, n°10, Octobre 2024, pp. 1-44. Disponible sur : [Revue Africaine Des Réflexions Juridiques et Politiques](#)

² Cette probité du débiteur en procédures collectives vise toutes les parties avec lesquelles il est en relation. Ce dernier a donc une obligation d'avoir un comportement loyal envers la société, envers les associés et envers les cocontractants.

³ ROUSSEL GALE Philippe, « La loyauté et impartialité dans le traitement des procédures collectives », *Gazette du palais* n°145, mai 2012, p. 78

⁴ Cf. TAGOURLA Fatimata, « Les pouvoirs des dirigeants sociaux dans l'espace OHADA à l'épreuve des principes de bonne gouvernance », *Penant*, 1 avril 2013, n° PENA2013-883, p. 189

⁵ G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », Association Henri Capitant, Paris, Éditions PUF, 12^{ème} édition, janvier 2018, V. Loyauté

⁶ G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », préc., V. Loyal

⁷ AKONO Adam Ramsès, « Droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges et l'exigence de transparence », *Cahiers de l'arbitrage, CAPJIA*, n°1, Janvier 2020, p. 4

⁸ TEBOUL Georges, « Le devoir de loyauté dans la prévention des difficultés des entreprises », *Gazette du palais*, Décembre 2000, n° 340, p. 71

⁹ La loyauté renvoie également à la fidélité à tenir ses engagements. Cf. ZEUKENG AZEMKEU Joelle, *Le devoir de loyauté en droit commercial général OHADA*, Deutschland, Éditions universitaires européennes, 2016, p. 2

¹⁰ G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », préc., V. Dirigeant

¹¹ G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », préc., V. Dirigeant

¹² G. CORNU (dir.), « Vocabulaire juridique », préc., V. Faute

¹³ BOUKHIMA Asmaa, KHALLOUK Tahar, « La faute de gestion : Entre les exigences de la compétition et les contraintes de la loi », *Revue française d'économie et de gestion*, Vol. 4, n°06, 2023, p. 410

¹⁴ TOE Souleymane, *Approche critique de l'application du droit des procédures collectives dans l'espace OHADA*, Thèse de droit privé, 7 mai 2010, Université de Perpignan, p. 225

¹⁵ Cour d'appel de Douai, Arrêt n°01/06972 du 29 avril 2003

¹⁶ Cour d'appel de Rennes, Arrêt n°02/04787 du 13 mai 2003

¹⁷ Article 189 de l'AUPC-AP

¹⁸ THERA Fatoma *L'application et la réforme de l'acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif*, Thèse de droit des affaires, Université Jean-Moulin Lyon 3, 2020, p. 64

¹⁹ SAINT-ALARY-HOUIN Corinne et al., *Droit des entreprises en difficultés*, Paris, LGDJ, Lextenso, 13^{ème} édition, 2022, p. 1014, §1476

²⁰ Article 196 et 197 de l'AUPC-AP

²¹ Article 203 de l'AUPC-AP

²² Article 203 de l'AUPC-AP

²³ Article 25 de l'AUPC-AC

²⁴ Art.25 de l'AUPC-AC : La procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est ouverte à tout débiteur en état de cessation des paiements.

²⁵ Article 6 de l'AUPC-AC

²⁶ Article 2 al. 2 de l'AUPC-AC

²⁷ Art.11.- Sauf autorisation motivée du président de la juridiction compétente, la décision d'ouverture du règlement préventif interdit au débiteur, à peine de nullité de droit : • de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision d'ouverture ; • de faire un acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise ou de consentir une sûreté.

²⁸ Article 228.2° de l'AUPC-AC

²⁹ Article 25 de l'AUPC-AC

³⁰ Article 228.3° de l'AUPC-AC

³¹ Article 229 de l'AUPC-AC

³² Article 812-25 du Code pénal de 2018

³³ Article 1134 de la Loi n° 2015-10 du 24 novembre 2015 portant nouveau code pénal en république togolaise

³⁴ Article 812-26 de la Loi n°025-2018/AN portant code pénal au Burkina Faso

³⁵ Article 1137 de la Loi n° 2015-10 du 24 novembre 2015 portant nouveau code pénal en république togolaise

³⁶ TEBOUL Georges, « Le devoir de loyauté dans la prévention des difficultés des entreprises », 2000, Gazette du Palais, 2000, n°340, p. 71