



**Réforme du droit commercial et  
développement des méthodes alternatives  
de règlement des litiges**

Sous l'Activité de réforme juridique et judiciaire de  
l'USAID/Madagascar  
Contrat USAID No. 623-I-00-98-00029-00

**Commande No. 16**

---

---

**LA LOI SUR L'APUREMENT DES PASSIFS :  
COMMENTAIRES ET PROJET DE RÉFORME**

ARD, Inc. and Checchi and Company Consulting, Inc.  
1899 L Street, N.W., Suite 800  
Washington, DC 20036-3804  
Washington Telephone: 202-452-9700  
Local Telephone: 033-110-3970  
e-mail: [ardchecchi@dts.mg](mailto:ardchecchi@dts.mg)  
[treynders@checchiconsulting.com](mailto:treynders@checchiconsulting.com)

JURECO Etudes et Conseils S.A.  
Boîte Postale 682  
Lot IV M 66 rue Dr. Raseta Andraharo  
Antananarivo 101, Madagascar  
Téléphone: 22-202-37  
e-mail: [mbra@dts.mg](mailto:mbra@dts.mg)

**Réforme du droit commercial et  
Développement des méthodes alternatives  
de règlement des litiges**

Sous l'Activité de réforme juridique et judiciaire de l'USAID/Madagascar  
Contrat No. 623-C-00-98-00029-00

---

---

**Commande No. 16**

**LA LOI SUR L'APUREMENT DES PASSIFS :  
COMMENTAIRES ET PROJET DE REFORME**

**Presenté à :**

*USAID Madagascar  
Villa Vonisoa III – Anosy  
Boîte Postale 5253  
Antananarivo 101*

**Presenté par:**

*Gary Kelly, Consultant  
ARD, Inc et Checchi and Company Consulting, Inc. Joint Venture*

## TABLE DE MATIERES

### Rapport No. 1 :

#### **REVUE DE L'AVANT-PROJET DE LOI SUR LES PROCEDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF (Projet de Loi Portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif) –23 février 2000**

I.	INTRODUCTION ET RESUME .....	2
II.	ANALYSES THEMATIQUES .....	4
A.	La nécessité d'une loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif qui accroît le nombre des voix économiques et réduit au minimum le nombre de celles de l'administration.....	4
1.	Le débiteur	4
2.	Les créanciers	5
	a) gestion de base	
	b) parties diverses	
B.	La nécessité de prévoir une redistribution de ressources plus efficace plutôt que punitive	7
1.	Une protection supérieure contre l'abus du débiteur dans le processus de faillite	7
2.	Permettre aux forces du marché de maintenir l'ordre dans le comportement des affaires	9
3.	Une plus grande connaissance des formalités probatoires	9
4.	L'utilisation supérieure du talent du banc et du barreau de Madagascar	10
C.	La nécessité de faciliter les calculs économiques en déterminant des normes concrètes à chaque étape de la procédure de faillite .....	10
D.	La nécessité de restreindre le but social de la faillite à une distribution efficace des ressources.....	11
III.	L'IMPORTANCE DE LA SIMPLIFICATION.....	12
A.	L'accent sur les droits substantifs, non de procédure	13
B.	Domaines de commentaire quant aux procédures clés	15
IV.	LA MISE AU POINT SUR LES NORMES INTERNATIONALES .....	17
A.	Différences faites dans l'avant-projet de loi n'ayant aucun sens dans le contexte d'une économie moderne	19
B.	Normes régionales contre normes internationales	

\* \* \*

\*

Rapport No. 2 :

**LA REFORME DE L'APUREMENT DES PASSIFS A MADAGASCAR: IL EST TEMPS (28 mars 2000)**

I.	INTRODUCTION ET RESUME	22
II.	PERTINENCE ACTUELLE DE L'APUREMENT DU PASSIF A MADAGASCAR	22
III.	LES NORMES INTERNATIONALES	25
	1. Opération rétrospective et éventuelle	25
	2. Le caractère détaillé	28
IV.	EVALUATION DE LA LOI MALAGACHE ACTUELLE	29

\* \* \*  
\*

Rapport No. 3 :

**PLAN D'ACTION:  
LA NATURE ET LA STRUCTURE D'UNE REFORME DE LA LOI SUR L'APUREMENT DU  
PASSIF POUR MADAGASCAR (7 avril 2000)**

I.	SOMMAIRE	34
II.	STRUCTURE D'UNE REFORME DE LOI DE L'APUREMENT DU PASSIF	37
	A. Du bon usage du plan d'action	37
	B. Présentation de l'essentiel du Plan d'action	38
	Titre I : Objectif et portée de l'apurement du passif	38
	Titre II : Déclaration de faillite	40
	Titre III : Droits et participation des créanciers	43
	Titre IV : Plan de redressement	48
	Titre V : Plan de réhabilitation pour la continuation des opérations de l'entreprise	55
	Titre VI : Application de la loi et diverses dispositions	58
III.	LOIS RELATIVES A LA LOI SUR L'APUREMENT DU PASSIF	60
	A. Loi sur l'Apurement du Passif	60
	B. Une Loi sur les transferts frauduleux	63

**REVUE DE L'AVANT-PROJET  
DE LOI SUR LES PROCEDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU  
PASSIF**

**(Projet de Loi Portant Organisation des  
Procédures Collectives d'Apurement du Passif)**

23 février 2000

## I. INTRODUCTION ET RESUME

La Commission de Réforme du Droit des Affaires (CRDA) a demandé à ARD/Checchi de présenter des commentaires relatifs à l'avant-projet de loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif (Projet de Loi Portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif), en date du 10 janvier 2000. Sous son contrat avec l'USAID, ARD/Checchi est heureux de faire la revue et les commentaires sur l'avant-projet pour le compte de la CRDA.

Notre revue n'est pas exhaustive sur la question, et ne peut l'être sous les termes de la mission. Notre attention est portée particulièrement sur l'avant-projet de loi du 10 janvier, mais les lois sur les Procédures collectives d'apurement du passif ne peuvent exister de façon isolée. Il faut aussi considérer des lois dans les domaines suivants: les formes d'entreprise (incluant mais ne se limitant pas aux sociétés par action), les procédures en matière de comptabilité et de présentation des états financiers, les transferts frauduleux, les transactions sécurisées, les hypothèques, des lois se rapportant au pouvoir judiciaire et à la juridiction, et le recueil du Code Civil. Cette revue ne prétend pas non plus vouloir développer des procédures judiciaires, ni une autorité sous la forme de règlements pour mettre en œuvre une loi sur la faillite. La CRDA voudra comparer la validité de tous les aspects de la réforme sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif avec la capacité de Madagascar de mettre en œuvre de façon efficace et plausible une réforme de la loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif, en tenant compte des ressources financières existantes de l'expertise disponible dans les secteurs privé et public de Madagascar, y compris le judiciaire.

Il ne s'agit pas dans ce passage en revue de faire de la publicité ni même de proposer l'adoption du Code de Faillite d'une autre juridiction. Par moments, les commentaires remettront en question les significations des différents termes juridiques ou de procédures du tribunal. De tels commentaires sont dans l'intérêt des utilisateurs finaux de la loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif que sont les entreprises malgaches. Comme tels, les commentaires ne visent pas tant à la remise en question du système juridique actuel qu'à l'exploration de sa souplesse et de la manière dont il tient compte de son public local et de sa réaction. On peut donc espérer, que dans la réciproque, les membres de la Commission pèseront les commentaires ci-inclus pour leur présente viabilité sous les conditions des entreprises existantes aussi bien que des conditions juridiques à Madagascar.

Finalement, puisqu'il s'agit d'un commentaire, on n'essaie aucunement de proposer un langage exact dans la révision. On considère qu'agir sur les observations ci-dessous pourrait servir de guide à l'importante révision du texte d'avant-projet du 10 janvier. ARD/CHECCHI serait heureux de participer, si la CRDA en fait la demande et si l'USAID l'approuve, à la prochaine étape de l'élaboration et, assurément, de travailler sur les observations ci-dessous.

Détaillé comme l'est l'avant-projet du 10 janvier, la Commission est maintenant pourvue d'une excellente occasion d'examiner chaque présupposé derrière le régime malgache actuel sur la faillite et de le mettre en perspective par rapport au contexte du débiteur-créancier et des relations commerciales en général. C'est le moment le plus propice pour ce faire. Les juristes, les agents de la mise en application de la loi et les juges s'accordent à dire que la loi actuelle sur les

Procédures Collectives d'Apurement du Passif est à peine appliquée et a pu "mourir à l'arrivée" lors de sa ratification en 1962, car le milieu des affaires local a compté sur les pratiques informelles de règlement des conflits entre débiteur et créancier.

Cette expérience historique possède des avantages car elle permet aux législateurs, magistrats, juges et membres du secteur privé malgache d'incorporer ces aspects positifs de la présente pratique informelle dans une révision de la loi qui comprendrait l'état actuel et des besoins de l'économie de Madagascar. Se confier aux entreprises informelles ne suffira plus. Parce qu'essentiellement composé de la communauté financière internationale, public qui apporte à Madagascar ce dont elle a le plus besoin, à savoir le capital et la technologie, est et restera pendant quelque temps encore complètement ignorant des pratiques entrepreneuriales informelles locales. La solution serait une réforme de loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif qui incorporerait les aspects positifs de la pratique malgache en cours, mais qui s'adresserait aussi en même temps à ce public international, vital, d'une manière formelle et publique comme seules les lois peuvent se le permettre. Par conséquent, l'avant-projet du 10 janvier, ou tout autre avant-projet de réforme sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif, est évalué en fonction des quatre thèmes suivants, chaque point reflétant ces deux facteurs :

- *La nécessité d'une loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif qui augmente le nombre des voix économiques et réduit au minimum le nombre de celles de l'administration.* Pour gagner la confiance des milieux des affaires local et international, il est essentiel de démontrer que la faillite reflète la redistribution ordonnée des ressources économiques dans un marché libre et qu'elle n'est pas simplement un exercice stérile de l'administration étatique.
- *La nécessité de prévoir une redistribution efficace plutôt que punitive.* La procédure de faillite implique un grand nombre de parties, et ainsi, son but est l'efficacité. Les avantages présents du traitement de personne à personne entre créancier et débiteur à Madagascar pourraient mieux être préservés, tout en décourageant une conduite déraisonnable du débiteur, en développant une loi séparée sur les transferts frauduleux qui s'exercent à l'extérieur des poursuites de faillite.
- *La nécessité de faciliter des calculs économiques en déterminant des normes concrètes à chaque étape de la procédure de faillite.* Comme l'expérience malgache jusqu'à ce jour l'a démontré, aucune loi commerciale, même celle invitant à la participation dans le processus complexe de la faillite, ne sera appliquée à moins que les acteurs économiques tels que les entreprises ou les banques ne comprennent les conséquences économiques de chaque étape du processus administratif pendant les procédures de faillite.
- *La nécessité de restreindre le but social de la faillite à une distribution efficace des ressources.* Les entreprises malgaches résolvent actuellement des conflits grâce à leur connaissance intime de leurs opérations respectives. Ainsi, les ménages, les sociétés et les financiers malgaches ne montreront un intérêt pour une réforme de loi remplaçant la présente situation que si la loi présente un avantage pour leurs intérêts économiques et si elle évite de céder aux besoins d'une politique sociale gouvernementale plus vaste tout aspect d'une loi qui soutient le bien-être économique des ménages, des petites et moyennes entreprises et de ceux qui les financent.

## II. ANALYSES THEMATIQUES

Un des objectifs de cette loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif est de soutenir le développement économique de toutes les composantes de l'économie diversifiée de Madagascar. Le texte d'avant-projet du 10 janvier est évalué selon les points mis en relief ci-dessus.

### A. La nécessité d'une loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif qui accroît le nombre des voix économiques et réduit au minimum le nombre de celles de l'administration.

La faillite et le redressement des entreprises sont des décisions économiques commanditées sous l'égide du secteur judiciaire, qui n'est pas une source de politique économique. Par conséquent, tout procès de faillite donné ne devrait pas être considéré comme une permission accordée au juge de prendre des décisions en matière de politique économique d'Etat. C'est le secteur privé qui peut le plus efficacement allouer un capital et des ressources. Ainsi, une réforme de loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif devrait être totalement démocratique au sens économique, c'est-à-dire qu'il devrait donner une voix à toutes les personnes impliquées dans les affaires du débiteur en question et être le plus précis possible quant aux statuts et exigences de chaque entité économique traitant avec le débiteur. Dans les limites de la convenance et de la déférence envers les branches juridiques et exécutives, une réforme de la loi sur la faillite devrait permettre aux parties économiques constituantes les plus directement concernées par la performance du débiteur de se servir de la faillite pour réorienter le capital ou pour réarranger les ressources économiques. Ceci signifie accorder aux parties ayant les plus grandes motivations économiques de connaître les affaires du débiteur, une raison d'utiliser la faillite ou la restructuration afin d'atteindre ces résultats. Ces parties constituantes économiques sont :

#### 1. Le débiteur

L'ébauche de l'article 25 impose le devoir au débiteur de commencer les poursuites lorsque le débiteur ne pourrait pas effectuer de paiements. Cependant, l'avant-projet ne fournit aucune indication sur des normes objectives basées sur la pratique commerciale moderne, quant à la façon dont le débiteur effectue un tel calcul. Les bases économiques pour un dépôt de bilan peuvent dériver d'un grand nombre de circonstances. Elles comprennent un résultat négatif, une marge brute d'autofinancement en baisse, une incapacité de rembourser des dettes et de tenir des engagements basés sur des ventes et commandes insuffisantes, et bien d'autres raisons. Le problème avec le développement d'une norme objective est qu'elle varie selon la nature de l'entreprise. Une entreprise à grand financement avec un inventaire fluctuant n'est pas identique à un grand manufacturier ayant des commandes et des revenus stables. L'approche alternative n'est pas d'imposer au débiteur le devoir de déposer les procédures, mais plutôt de lui donner une incitation économique pour ce faire.

Une réforme de la loi sur la faillite devrait fournir au débiteur une incitation économique à déposer en déclarant clairement que les résultats des mesures réussies sont l'acquittement des engagements du débiteur, ce qui est plus efficace que d'encombrer les tribunaux avec le devoir d'appliquer une norme qui varie selon le type d'entreprises. Plus important encore, il rassurera le

secteur privé en indiquant que la faillite peut servir le milieu des affaires privées en donnant un nouveau départ à des affaires qui ont échoué, en leur assurant que des créanciers peuvent être payés d'une façon ordonnée et qu'ils peuvent ainsi recevoir plus qu'aurait été autrement le cas. L'ébauche de l'article 53 se rapproche d'une déclaration explicite que les résultats de la faillite sont l'acquittement des dettes, mais ceci devrait être énoncé au début de l'avant-projet de loi afin de souligner l'importance économique centrale de cette idée.

## 2. Les créanciers

L'avant-projet comporte deux problèmes généraux dans ce domaine. L'un concerne le manque de distinction entre les intérêts économiques des créanciers, sauf dans les distributions finales dans les ébauches des articles 166-67. En revanche, l'avant-projet parle peu de l'apport effectué par les créanciers au processus pour s'occuper des engagements du débiteur. D'une façon générale, dans les marchés libres, les créanciers qui sont moins protégés prennent un risque plus grand et ils recherchent ainsi une plus grande contrepartie. Dans la faillite, ces créanciers devraient recevoir moins que les autres parce qu'ils ont misé pour recevoir une plus grande récompense. Habituellement, le nombre des créanciers chirographaires dépasse celui des créanciers garantis et l'incapacité de loi de faire une distinction entre les intérêts de sécurité légitimes de certains créanciers et les autres rendra difficile le prêt aux petites entreprises à Madagascar. Cela vient de ce que si le statut de sécurité signifie peu pour la faillite, les banques et autres prêteurs qui ont tendance à être conservateurs et à ne pas pratiquer de prêts sans garantie n'auront aucune protection lorsque le débiteur a failli ou quand il aura des complications financières. Par conséquent, il n'existe aucun motif économique pour prêter. La préférence devrait être accordée aux créanciers qui : (a) tiennent des intérêts de sécurité sur la propriété qui a été achetée avec le montant de prêt du créancier ; (b) ont tenu des intérêts de sécurité dans d'autres propriétés du débiteur ; et (c) sont plutôt les créanciers privilégiés en vertu d'un contrat passé avec le débiteur. De telles ébauches d'articles comme celles du Titre II sur le procédé "collectif" qui n'arrive pas à distinguer parmi les créanciers exigent une certaine reconsidération. Cette question et les idées s'y rapportant sont explorées dans la partie III 2.b *infra*. Une réforme de loi doit reconnaître clairement que le créancier est auto-intéressé. La clé de la neutralité mentionnée dans l'ébauche d'article 41 n'est pas une norme extraite à partir des intérêts du créancier; la clé serait de s'assurer plutôt que tous les créanciers soient représentés d'une façon ou d'une autre afin d'être entendus proportionnellement à leurs intérêts. Une fois les différences entre les créanciers reconnus, la neutralité s'obtient par l'équilibre collectif. Et encore, ceci ne peut arriver que si la loi fait expressément la distinction parmi des créanciers. De telles ébauches d'article comme l'article 41 qui élimine les employés salariés de l'adhésion dans un syndicat (le mot français "syndic" est employé à la place du mot anglais 'trustee') reconnaît l'importance d'éviter le conflit d'intérêts mais elles n'entrent pas assez en profondeur dans l'exploration des intérêts économiques divergents des créanciers dans une société commerciale moderne. Par conséquent, les ébauches d'article 39-46 et d'autres qui établissent des rapports avec les intérêts du créancier doivent être reconsidérées de façon à différencier plus précisément parmi des créanciers avant la liquidation mentionnée dans les ébauches d'article 166-167.

Le second problème posé aux créanciers par l'avant-projet est une tendance à favoriser le pouvoir du judiciaire plutôt que de laisser aux créanciers concernés développer un plan et de leur permettre de le soumettre sans être outrepassés par les créanciers chirographaires du débiteur. Des telles dispositions, comme les ébauches d'articles 39-46 et 137-138 présentent des plans

pour la formation du syndic des créanciers et de la cessation en général. Il n'existe aucune indication quant aux normes pour la revue de l'un ou l'autre par le pouvoir judiciaire. Vu l'absence de normes affirmatives pour l'examen de la proposition d'un syndic, la question se pose de savoir pourquoi les créanciers serviraient, particulièrement dans des cas complexes quand les intérêts d'un groupe particulier de créanciers pourraient sembler dilués et les vues d'un créancier ou d'un groupe de créanciers ainsi qualifiés.

Tout comme une loi de réforme sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif doit insister sur le nombre de parties économiques constituantes afin de prendre des décisions concernant le capital et la distribution de ressources le plus équitablement possible, une réforme de loi a également besoin de réduire au minimum le rôle bureaucratique de l'appareil exécutif ou juridique dans l'intérêt d'une redistribution rapide des ressources économiques. Les exemples suivants décrivent la nécessité de réduire les facteurs administratifs qui empêchent la liquidation des actifs et la redistribution du capital :

a. La gestion de biens.

Si la loi est bien comprise, il devrait exister un corps exécutif maniable dirigeant les détails de la conservation du bien failli et, si besoin est, de la destination des actifs. Par exemple, l'ébauche de l'article 60 identifie explicitement le besoin d'une telle autorité afin d'éviter la perte de valeur imminente des actifs. De même, le rôle d'administrateur ou de contrôleur n'est pas plus économique qu'administratif. Les projets d'article 48-49 prévoient quelques fonctions administratives, telles qu'un inventaire des biens du débiteur. Il ne semble y avoir aucune raison pour que cette fonction administrative ne puisse pas être combinée avec le rôle du syndic. Dans ce cas, l'opération de contrôle envisagée dans les projets d'articles 48-49 serait au moins combinée avec la norme d'attention et l'assurance de la neutralité énoncée dans le projet d'article 41. De même, le projet d'article 137 dans ses divers aspects présente l'administrateur comme ayant un rôle dans l'établissement de plans pour le transfert de l'entreprise ou des capitaux de l'entreprise. Bien qu'il soit suggéré que l'administrateur coordonne étroitement avec le syndic, il n'y a aucune raison pour que le syndic lui-même ne puisse pas exécuter une telle fonction. Ceci réduit encore au minimum la bureaucratie; il n'existe aucune raison contraignant le syndic à ne pas pouvoir exécuter le rôle administratif en recevant des offres pour l'achat de l'ensemble ou une partie des biens du failli. Il faudrait ajouter qu'il existe un précédent suffisant dans la loi actuelle de Madagascar pour assigner au syndic un rôle administratif multiple. Les articles 482- 486, 508 et 526 et autres articles dans la loi actuelle intitulée "Des faillites et règlements judiciaires, la réhabilitation et des banqueroutes et autres infractions en matière de faillite" (ci-après désignée comme la loi actuelle) voient les diverses fonctions ministérielles comme étant assumées soit par un administrateur soit par le syndic.

b. Parties diverses.

De temps à autres, le texte de l'avant-projet de fait mention de parties qui peuvent jouer un rôle dans les procédures de faillite ou de redressement sans que soit précisé leur rôle et leur rapport avec la cour, les créanciers et le débiteur. Parmi ces instances figurent: "l'assemblée concordataire" (General Assembly of Creditors) du projet d'article 82, "le conciliateur" (Conciliator) des projets d'articles 7 et 35, et, plus généralement, l'implication d'un "greffier" (Clerk of the Court) dans les poursuites de faillite. En vertu de la loi actuelle, la participation du

greffier ou "le greffe" (Office of the Clerk) est invariablement associée à une action immédiate conformément à l'instruction d'un juge ou tel qu'exigé par le texte de loi lui-même. Les articles 453, 459 et 487 dans la loi actuelle n'en sont que des exemples. Des ébauches d'articles telles que 35 et 36 continuent ce thème en invitant le bureau du greffier à décharger immédiatement les responsabilités. Cependant, comme le démontrent la loi actuelle et l'ébauche devant la Commission, la faillite entraîne une série de procédures complexes et détaillées spécifiques à ce domaine de la pratique. Etant donné les ressources administratives actuellement disponibles au tribunal de Commerce, il serait plus prudent de considérer si le bureau de greffier est à ce moment équipé pour assumer les rigueurs et les complexités du processus de faillite. Une fois de plus, dans l'intérêt de faciliter la gestion, il serait plus sage de prévoir la nomination d'un syndic le plus tôt possible et le syndic s'occuperait directement de toutes les procédures. Ceci :

- permettrait d'économiser sur les ressources du système du tribunal déjà imposé;
- renforcerait la confiance du milieu des affaires dans le processus de faillite en accordant au débiteur comme aux créanciers l'accès direct au syndic, une entité à qui l'on a spécifiquement assigné la responsabilité de traiter avec l'un ou l'autre partie du cas de faillite qui est au centre de leurs préoccupations.

Cela ne vise pas la suppression de la greffe dans les poursuites de faillite. Il s'agit plutôt de souligner le rôle ministériel du greffier. Le rôle traditionnel du greffier comme le dépositaire de tous les dossiers publics du tribunal peut être préservé en imposant au syndic l'obligation d'informer le greffier de tels développements au moment où ils se produisent, stipulés comme étant nécessaires pour l'archive officiel du tribunal.

L'accent sur la centralisation des intérêts économiques n'est pas un moyen de forcer la main au tribunal. Tout au contraire, le syndic, en tant que miroir du panorama du risque assumé par toutes les parties, ne devrait pas faire l'objet de défi par les tribunaux quant aux remises en question du jugement et de discrétion, à l'exception des instances d'une violation manifeste de son devoir. Ce rôle pour le syndic fournira des motivations appropriées pour faire usage des procédures de faillite et des droits du créancier. Il devrait y avoir un effort concomitant pour une simplification de la gestion de la procédure de faillite.

## **B . La nécessité de prévoir une redistribution efficace plutôt que punitive**

Le plan de redressement défini dans l'avant- projet de Chapitre V du Titre II (ébauches d'articles 119- 130) et le plan du redressement du Chapitre II du Titre III (ébauches d'articles 204-214) sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif d'une entreprise individuelle devrait avoir approximativement le même but économique : la cession ordonnée des capitaux, et non la punition des débiteurs débauchés. Comme corollaire, la faillite ne devrait porter aucun stigmat; un acquittement dans la faillite peut donner au débiteur la liberté nécessaire de renflouer le capital d'une entreprise et la possibilité de commencer sur une voie plus efficace, ce qui peut promouvoir les objectifs publics du plein emploi et d'une plus grande variété de choix pour les consommateurs.

Une loi sur la faillite, ayant comme celle-ci pour but la cession ordonnée des capitaux, n'a pas le luxe d'accepter la tâche d'exiger des mesures punitives contre le débiteur ou contre les

gestionnaires du débiteur. Même dans un cas de faillite la plus routinier, il n'y a simplement ni le temps, ni les ressources pour ces tâches. Ainsi, une attention sérieuse devrait être accordée à la suppression des ébauches d'articles 194-196 dans la mesure où elles étendent les poursuites de faillite aux gestionnaires des entités en faillite ; et à la suppression des projets d'article 203, 203.1, 226, 226.1, 228, 231, 233-234, 237 et 242 comme compromettant la vraie nature de la faillite. Cette nature concerne l'efficacité économique, n'exigeant pas des mesures punitives sur des débiteurs rétifs. De fait, le terme "fraude" n'a aucune place dans les poursuites de faillite. La nécessité de s'assurer de l'intention appartient à un autre domaine du droit commercial et aux poursuites criminelles. Quant au droit commercial, comme Madagascar n'a pas de loi liée aux transferts frauduleux, il s'agirait d'en adopter une. Il aurait les éléments suivants qui pourraient sûrement avoir une relation avec un procès de faillite mais ne font néanmoins pas partie de la poursuite formelle de faillite:

- la confiscation douteuse ou le transfert des capitaux du débiteur en général, mais particulièrement avant de procéder à un dépôt de bilan (particulière attention étant prêtée aux transferts " aux proches " comme il est défini *infra*);
- la manipulation du syndic, du notaire, du contrôleur ou de tout officier du tribunal dans le but d'obtenir un l'avantage dans des poursuites de faillite;
- la connivence entre les créanciers et le débiteur en ce qui concerne la classification des engagements considérés par la cour dans un cas de faillite;
- l'abus des priorités multiples en tant que créancier de sorte qu'un créancier emploie la position dans un ordre de créanciers dans le but de compromettre les autres.

Voilà seulement quelques exemples. Il s'agit que le judiciaire tienne pour responsables ceux qui sont engagés dans des transferts frauduleux et, en effet, abusent du processus de faillite. Mais ce sont des actions judiciaires séparées qui ne devraient pas intervenir dans une action de faillite. Pour économiser, dans la mesure où les procédures de faillite découvrent un tel comportement impropre, la cour, dans les poursuites de faillite devrait le faire connaître à toutes les parties compromises par un tel comportement de sorte que ces mêmes parties puissent employer les poursuites juridiques hors de la faillite pour alléger des transferts frauduleux ou l'abus de la procédure de faillite.

Outre le fait de véhiculer le message que la faillite est concentrée sur l'efficacité économique et l'avantage public de la distribution appropriée du capital, l'élimination des dispositions punitives dans une loi sur la faillite avec la promulgation des dispositions respectant les transferts frauduleux fournissent les avantages suivants au système juridique malgache.

## **1. Une protection supérieure contre l'abus du débiteur dans le processus de faillite**

Actuellement, la communauté de créanciers malgaches a peu tendance à utiliser la loi sur la faillite. Il est probable que dans l'immédiat, la réforme de loi sera moins utilisée par cette communauté que par le débiteur à la recherche d'un acquittement suite aux conséquences juridiques de l'endettement (même si le texte d'une réforme de loi devrait faire de l'acquittement dans le cas de faillite un but plus évident de la loi qu'il ne l'est à présent, autant l'article 607 de la loi actuelle que les ébauches d'articles 53 et 204 semblent déterminer l'acquittement comme une conséquence d'une manière ou d'une autre). Ceci étant le cas, des mesures devraient être prises pour empêcher l'abus de faillite pour davantage de fraudes. Une loi séparée sur les

transferts frauduleux empêchera l'abus du processus de faillite en pénalisant le débiteur en entreprenant la première étape dans le procédé d'abus: le transfert des actifs du débiteur aux "proches" (voir explication dans la Partie IV *infra*) ou sous d'autres circonstances discutables.

Les ébauches d'articles 228, 229, 231 et 237 essaient toutes de couvrir ce domaine. Mais il existe des problèmes tant théoriques que pratiques qui peuvent être évités en adoptant des interdictions semblables en dehors de la loi sur la faillite et dans une loi sur les transferts frauduleux. Du point de vue théorique, il n'y a aucune énonciation sur la différence entre une faillite qualifiée de "simple" et une de frauduleuse, dans le texte des ébauches d'articles comme 233 et 233.1. Naturellement, La différence s'articule sur l'intention; mais il semble qu'il n'y ait aucune norme claire à ce sujet dans le code civil (on peut rétorquer que tout dépôt de bilan volontaire est susceptible d'être un défi comme frauduleux puisqu'il bénéficie au débiteur et semble vaincre les honnêtes espérances et les intentions des créanciers au moment où ils commencent à traiter avec le débiteur). La question d'intention est inévitable, mais devrait être réservée aux poursuites criminelles et aux procédures civiles prises à l'initiative des créanciers qui sont concernés par un aspect particulier de la conduite du débiteur à un moment donné, et non pas au processus de faillite qui, correctement compris, traite le panorama de l'activité du débiteur avec toutes les sociétés dans tous les contextes. Du point de vue pratique, la question d'intention mérite une attention particulière par les parties ayant la plus grande incitation économique pour l'explorer, à savoir, les créanciers eux-mêmes, ce qui mène au deuxième avantage d'une loi séparée sur des transferts frauduleux.

## **2. Permettre aux forces du marché de maintenir l'ordre dans le comportement des affaires**

Des institutions telles que le syndic font formellement partie du processus de faillite et ont de nombreuses fonctions qui sont indirectement le produit de la motivation économique pour la récupération de la masse de faillite du débiteur. Eu égard à ces deux points cruciaux, elles sont différentes des concurrents ou des créanciers du débiteur considérant les transactions du débiteur en dehors du contexte des poursuites de faillite. Le développement d'une loi sur les transferts frauduleux donnera aux concurrents et aux créanciers du débiteur, qui ont la motivation économique pour examiner les affaires du débiteur, l'occasion de poursuivre des solutions en dehors de la procédure de faillite. Cela facilite l'exposition au comportement impropre du débiteur en dehors des protocoles et des contraintes temporelles de la procédure de faillite.

## **3. Une plus grande connaissance de différentes formalités probatoires**

La vérification des détails du statut de créancier dans une action de faillite nécessite plusieurs étapes formelles, comme le démontre la Section II du Chapitre IV de l'avant-projet. En revanche, l'action prise par un créancier ou par un petit groupe de créanciers en liaison avec le transfert frauduleux n'a pas besoin d'être aussi complexe et se concentre sur un aspect de la conduite du débiteur à un moment donné plutôt que sur l'histoire entière de l'entreprise du débiteur. En outre, la translation frauduleuse implique nécessairement la question de l'intention et de sa preuve, bien que l'évidence de l'intention puisse être imputée aux circonstances (par exemple, la synchronisation du transfert relativement à un dépôt de bilan, l'identité des cessionnaires, en particulier s'ils sont "des proches" selon la définition dans la Partie IV *infra*, etc.). Des procédures de faillite, en revanche, ne devraient pas être concernées par l'intention. Dans

cet ordre d'idée, il convient de noter que bien que le projet d'article 242 fasse la distinction entre la faillite simple et la faillite frauduleuse, il n'existe aucune norme pour déterminer ce qui est quoi. Tout ceci souligne la nécessité de traiter ces questions en dehors des poursuites formelles de faillite et soulève des questions sur le transfert frauduleux dans des poursuites pénales séparées ou dans une action commerciale faisant l'objet d'une loi détaillée sur le transfert frauduleux.

#### **4. L'utilisation supérieure du talent du banc et du barreau de Madagascar**

Dans les pays occidentaux et très certainement aux Etats-Unis, la pratique en matière de faillite par les avocats et les juges est véritablement une spécialité. De fait, la faillite se range aux cotés du droit Maritime et de la propriété intellectuelle en tant que spécialité traditionnelle du droit aux Etats-Unis. Suggérer que le barreau et le banc dans le domaine de la faillite forment une élite n'est aucunement exagéré, et pour cause : de tous les domaines de la pratique juridique, la faillite exige une plus grande attention à l'intersection du droit et des complexités de l'économie d'entreprise - et cette attention est exigée, non lorsque la société est normale et en bonne santé, mais quand elle est *in extremis*. Des années de formation sont exigées même lorsque, et particulièrement quand, la pratique en matière de faillite se produit dans une société commerciale moderne.

Un régime de faillite préoccupé par les intentions des débiteurs et des mesures punitives n'aidera pas Madagascar à développer d'un corps d'élite de magistrats et de juges nécessaire pour faire face aux exigences économiques de l'analyse des obligations du débiteur et du créancier. Tel que noté plus bas dans une plus ample discussion sur des normes internationales, la faillite est et demeurera principalement une réponse aux conditions économiques locales, quel que soit le pays. Toutefois, le rôle croissant de la finance internationale et de l'investissement étranger montrera la manque d'expertise entre les praticiens et les juges malgaches d'une part, et ceux des nations, avec un capital et un investissement d'un niveau tel que Madagascar voudrait vraisemblablement atteindre, d'autre part. Cette lacune ne peut être comblée qu'en se concentrant sur la pratique en matière de faillite pour des questions sophistiquées des économies d'entreprises et des finances. Une loi distincte sur les transferts frauduleux libérera le processus de faillite permettant ainsi de se concentrer sur ces questions commerciales et économiques tout en apportant un remède juridique aux créanciers qui recherchent un acquittement suite au comportement indigne du débiteur.

#### **C. La nécessité de faciliter les calculs économiques en déterminant des normes concrètes à chaque étape de la procédure de faillite**

Trop souvent, l'ébauche du 10 janvier utilise une expression qui véhicule une signification juridique sans stipuler d'une manière claire et concise à quel moment ou comment précisément cet événement devrait se produire. Un exemple en est l'avis de commencement des poursuites ("la décision d'ouverture") énoncé dans l'ébauche d'article 72 et mentionné dans d'autres ultérieurement. Il est clair dans les ébauches d'articles 75 et 77, entre autres, que l'avis a une grande signification juridique. C'est le moment précis où il doit se produire qui n'est pas clair. Parmi les questions pratiques à poser qu'une nouvelle ébauche devrait résoudre, figurent les suivantes :

- Qui est autorisé à instituer des poursuites pour obtenir un avis ?
- Est-ce que le tribunal peut agir seul pour établir l'avis?
- La question de l'évidence textuelle formelle de l'avis.
- Quand l'avis commence-t-il (en date de la décision de cour, de la publication de la décision de cour, etc...) ?
- Une fois prise, la décision de faire l'avis peut-elle être retirée et par qui?

Cela ne veut pas dire que le spécialiste ne pourrait pas obtenir quelques réponses à ces questions dans l'avant-projet du 10 janvier sans bénéficier de l'interprétation. Mais il arrive trop souvent que la réponse ne soit pas clairement indiquée dans le texte, ou qu'elle ne puisse être extraite qu'au prix de beaucoup d'efforts. Le texte de la législation devrait instruire les créanciers, les débiteurs et autres utilisateurs de la législation sur la faillite. Des situations semblables existent relativement à l'homologation et à l'assignation du syndic, les anciennes ébauches des articles 127, 129, 132 et 134-136 et la dernière ébauche de l'article 183.1. Dans la mesure où il y a référence explicite aux procédures de faillite, il doit fournir des conseils définitifs quant à la façon dont de telles mesures sont prises, quant au moment où elles sont conclues et à leurs implications légales. Ceci devrait être déterminé, soit dans la nouvelle loi sur la faillite, dans la mesure où elles déterminent les droits fondamentaux des parties, soit dans le Code de Procédure Civile dans la mesure où elles concernent les moyens d'exercer ces droits. Voir l'élaboration sur ce point contre le procédé dans la Partie III *infra*. Tel quel, le projet de loi se rapporte rarement au Code de Procédure Civile existant (on ne trouve les premières références pas avant les avant projets d'article 154 et 155).

Il est à noter que des normes internationales telles que développées dans le domaine de la réforme sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif parlent de ces problèmes en mettant l'accent sur la transparence comme norme de contrôle. Ceci veut dire que non seulement les lois nationales sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif fournissent des orientations claires en rapport aux mécanismes des moyens permettant aux créanciers de participer à la procédure de faillite, mais que ces lois nationales comprennent des déclarations claires sur les impacts de chaque action judiciaire. Confère au Modèle de l'UNCITRAL sur l'Insolvabilité Transfrontalière, Partie I, Article 14 ; Partie II, Article 3(c) (ci-après désigné comme Modèle de l'UNCITRAL )

#### **D. La nécessité de restreindre le but social de la faillite à une distribution efficace des ressources**

Il serait irréaliste et indésirable d'affirmer que les faillites et les redressements n'imposent aucune charge sur la vie en communauté et le tissu familial malgaches. Cependant, de telles conséquences sont bien prises en charge par les lois du bien-être social et des organisations d'assistance publique, qui peuvent y consacrer entièrement leurs énergies, mais non par des lois sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif. L'objet principal d'une législation sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif est micro-économique, et non macro-économique: s'assurer contre la diversion continue des capitaux et ressources malgaches et étrangers vers une entreprise qui n'a pas réussi à bien les utiliser. Une décision rapide sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif ou sur le redressement garantira donc que

d'autres entreprises locales ayant besoin de capital et de ressources puissent en bénéficier beaucoup plus rapidement. Cette tâche, minime mais fondamentale, si elle est appliquée avec rapidité et efficacité, apportera suffisamment de justice et d'équité à l'économie malgache. Alourdir cette tâche avec les problèmes sociaux plus vastes de la stabilité de l'emploi et du travail entravera une redistribution équitable des ressources. Aussi, la Commission est invitée à reconsidérer les aspects de l'avant-projet de réforme qui introduisent sciemment dans le procédé de déclaration de faillite des questions qui seraient plus efficacement traitées par des spécialistes en bien-être social. Parmi ces aspects discutables on trouve les ébauches d'articles 27, 110-111, 137.5 et 137.8 (relatif au licenciement).

Il serait à noter que la loi actuelle sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif est supérieure par seul aspect ; elle ne distrait pas la procédure de faillite avec des implications plus sociales plus vastes du comportement du débiteur, mais les laisse plutôt aux soins des agences et départements gouvernementaux dévoués à cette tâche. Il devrait être noté que ceci serait en accord avec la tendance en matière de législation commerciale dans les économies de transition mixtes. Même dans les Républiques de l'ancienne Union Soviétique, par exemple, la réforme de la législation dans le domaine commercial est en train d'éliminer toute référence explicite à de tels problèmes sociaux. Il n'est resté des vestiges que dans la réforme de législation sur la privatisation, et ceci uniquement parce que les entités commerciales en question sont encore pour le moment des entreprises d'état qui affirment l'ancienne politique d'état du plein emploi. Même dans un tel cas, le pouvoir des responsables d'état d'exercer leur liberté d'action au nom du bien-être social est limitée, il pourrait être qualifié de dépendant des forces du marché menant à une privatisation particulière, et elles sont graduellement supprimées en tant que stipulations d'une transaction après une période de quelques années ou même quelques mois suivant la privatisation.

Ce qui précède présente le rôle de l'état comme source de la politique sociale uniquement. Il ne s'agit pas de suggérer que l'Etat en général, et ses départements sociaux en particulier, n'aient aucun rôle en tant que participants aux procédures de faillite. L'Etat en a un, quand il dispose d'une part financière directe dans les procédures en tant que créancier. Comme le projet de l'article 149 le reconnaît, l'Etat peut jouer un rôle dans la collecte des masses de faillite dans des buts sociaux, et cette ébauche d'article établit même l'ordre des intérêts de l'Etat vis-à-vis des autres créanciers. Cependant, un passage en revue des ébauches d'articles 165 et 166 suggère que la position de l'Etat par rapport aux autres créanciers puisse être plus facile à établir dans le cas d'une réclamation des produits de la vente des biens personnels par opposition à celle des biens immobiliers. La Commission devrait reconsidérer dans quelle mesure l'avant-projet du 10 janvier tient compte de tous les domaines des intérêts de l'Etat en tant que créancier. A cet égard, la loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif n'est qu'un aspect d'une politique plus vaste de collecte des impôts et de majoration des recettes générales.

### **III. IMPORTANCE DE LA SIMPLIFICATION**

L'homme ou la femme d'affaires typique de tout pays ne connaît de la loi que ce dont il ou elle a besoin d'utiliser. Et il ou elle n'utilise que ce qu'il (ou elle) connaît. Voilà où se pose le dilemme de loi de Madagascar sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif actuelle. Elle est maintes fois plus longue que la Constitution nationale et plus longue aussi que d'autres autorités

judiciaires en matière de droit commercial, telles que ces dernières autorités prétendant gouverner des questions inhérentes à des affaires plus normales - voire rentables. A cet égard, le public local a ignoré cette loi pour diverses raisons. Mais qu'en est-il du public plus critique de financiers au niveau international? La dimension absolue de la loi actuelle suggère à ce public que Madagascar possède une expérience considérable- voire peut-être regrettable – en matière de faillite. Sa longueur et sa complexité actuelles sont à peine une publicité autant pour son usage par le public local doté de ressources limitées que pour un public étranger en quête d'opportunités économiques de premier ordre.

En bref, considérée comme une déclaration de politique publique, l'actuelle loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif a présenté le pire de deux mondes éventuels. Elle n'a réussi qu'à aliéner la communauté des affaires locale, le public qui devrait en avoir le plus usage et de compréhension, au point qu'après deux générations d'activités économiques, cette loi reste largement inconnue. En même temps, sa taille absolue ne véhicule envers la communauté internationale des finances, dont le rôle est essentiel mais qui connaît moins Madagascar, que l'image d'un pays possédant une expérience considérable en matière d'échec en affaires et d'insolvabilité. Alors qu'en réalité, c'est l'inverse.

Dans tous les pays, la norme pour une loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif est que l'homme d'affaires ou le banquier ayant un niveau d'expérience raisonnable peut examiner certains aspects du texte sans l'aide d'un avocat, qu'il peut se faire une idée de quelques-uns de ses droits et obligations. Ceci est fondamental dans le domaine du droit commercial par excellence, dans lequel, presque par définition, de nombreuses entités se trouvant dans des circonstances financières difficiles devraient pouvoir faire usage de la loi, mais ne peuvent tout simplement pas se permettre un avocat pour les instruire sur les éléments fondamentaux de la faillite. Encombré comme il est de procédures et pratiques administratives, le Projet de loi du 10 janvier offre peu d'amélioration à la loi actuelle sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif. De fait, il est plus long. Il semble aussi introduire davantage de protocoles spécifiques quant à la façon de traiter des créanciers particuliers, comme le suggèrent les ébauches d'articles 95-100. Il peut aussi associer davantage d'agences gouvernementales, comme l'indiquent les ébauches d'articles 47, 97, et 137.8. En bref, comparé au texte actuel, l'avant-projet du 10 janvier donne peu de raisons de croire que le projet de loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif serait beaucoup plus accessible à ceux qui ont besoin de le connaître et de le comprendre. Des simplifications nécessaires pourraient provenir de la reconnaissance officielle des deux points identifiés ci-dessous :

## **A. L'accent sur les droits substantifs, non de procédure**

Mis à part les problèmes ci-dessus, l'avant-projet actuel indique le sens vers une solution aux problèmes. Non seulement la structure, mais le titre même de l'avant-projet du 10 janvier suggère une solution. Les ébauches d'articles 162.1-12, 200-202 et 208-214 indiquent clairement des implications en matière de procédure de faillite. Et les titres de l'avant-projet du 10 janvier et de la loi actuelle parlent de la réglementation ou des procédures. Ainsi l'actuelle organisation de cette loi suggère qu'un texte, abrégé, simplifié, et désormais cohérent et utilisable, puisse être élaboré. La réforme de loi serait limitée à une description précise des droits substantifs de chaque partie impliquée dans la faillite et ne comprendrait qu'un quasi minimum de procédures.

Dans la plupart des juridictions, il y a une distinction entre les questions de fond et de procédure. D'un point de vue général, les premières concernent la description ou accorde des réclamations ou de compétences spéciales largement reconnues, tandis que les dernières concernent les moyens spécifiques de les faire respecter. Dans ce contexte, la division entre le fond et la procédure pourrait être développée comme l'illustrent ces deux cas hypothétiques en utilisant les principes génériques de la faillite :

Hypothèse 1 : Fond : le droit du créancier d'être mis en demeure ; Procédure : Etapes pour déposer la mise en demeure ; Intermédiaire : Etapes après la mise en demeure ordonnant la réclamation du créancier.

Hypothèse 2 : Fond : le droit du créancier d'être mis en demeure par le débiteur ; Procédure : Comment le débiteur pourvoit la mise en demeure; Intermédiaire : Nature de la réaction du créancier aux Comités de créditeurs après la mise en demeure par le débiteur.

En utilisant cette division tripartite des questions de fond, de procédure et intermédiaires, on pourrait classer l'avant-projet du 10 janvier approximativement comme suit :

*Articles de fond* : 1, 2bis, 3-4, 5-7, 9, 25-28, 67-71, 72-77, 91-118, 194-199, 203-207, 226-251

*Articles de procédure* : 2, 8, 29-38, 39-51, 200-201, 208-214

*Articles intermédiaires* : 52-66bis, 78-90, 97bis, 119-193, 215-225

L'objectif fondamental est que la loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif renforce les droits substantifs et ne discute que des procédures dont la communauté des affaires aura besoin de connaître afin de pouvoir faire valoir ses droits. Les questions de procédure les plus importantes sont: la manière et le contenu du dossier de déclaration en faillite et la preuve de réclamation, la composition du Syndic et de tout procédé d'appel. Ainsi, les projets d'articles concernant la procédure et certaines des ébauches d'articles intermédiaires identifiées ci-dessus, peuvent être fixés en dehors d'une loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif, et de cette manière simplifierait dite loi. Les nombreuses ébauches des articles classés comme intermédiaires, en particulier, les articles 119-193, devrait être minutieusement étudiées afin d'en éliminer les références de procédure que l'on y trouve. Celles-ci incluent des références aux mises en demeure, aux périodes de mise en demeure, à l'autorité purement administrative des officiers judiciaires, tel que le greffier, et à la durée de la période au cours de laquelle le système judiciaire doit agir. La suppression de tels sujets de l'avant-projet de réforme de loi raccourcirait les ébauches d'articles 119-193 à elles seules de 30 à 40%. Ceci, ajouté à l'élimination de plusieurs dispositions punitives à la fin de l'avant-projet du 10 janvier, telles qu'elles sont exposées dans la Partie II *supra*, mettraient les personnes élaborant l'avant-projet sur la voie du développement d'une loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif beaucoup plus courte, s'adressant plus directement aux milieux d'affaires locaux et internationaux.

Cela rendrait la loi utilisable par des personnes ordinaires en éliminant les références aux dispositions de procédures, qui relèvent de la compétence spécifique des avocats. Il y a au moins

trois lieux possibles où placer ces articles de procédure en dehors d'une réforme de loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif :

- Le Code de Procédure Civile - En tant que tel, l'avant-projet d'articles se réfère au Code de Procédure Civile ; une section à part consacrée aux procédures de faillite faciliterait aussi bien l'usage de la réforme de loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif que celui destiné aux questions de procédure, par l'élimination d'une partie longue et encombrante du texte ;
- Une Réglementation de la Cour - Le Tribunal de Commerce pourrait proposer un avant-projet d'articles de procédure ou quelque chose de semblable, en tant que réglementation spéciale dans la conduite des cas de faillite. Ceci aurait l'avantage d'impliquer activement le système judiciaire, une composante essentielle de succès dans tout régime de faillite, directement dans le processus de réforme, et de garantir ainsi des apports de valeur aux ressources et capacités du système judiciaire pour les cas de faillite ;
- Une loi distincte - Elle aurait l'avantage de souligner le caractère unique de la procédure de faillite, qui serait conforme à la tradition de la loi actuelle sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif, où il s'agit de traiter les considérations de procédure en matière de faillite en dehors du Code de Procédure Civile.

Il serait à noter que la distinction entre les aspects de fond et de procédure dans le domaine de la faillite devient de plus en plus reconnue par la communauté des affaires internationale. En fait, le modèle de l'UNCITRAL est largement revendiqué pour préserver les droits substantifs en cas de faillite transfrontalière, dans la mesure où les différentes procédures juridiques de plusieurs systèmes judiciaires peuvent être simultanément impliquées. Se concentrer sur les droits substantifs dans une réforme de loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif, tout en laissant à d'autres autorités juridiques les aspects de procédure devient ainsi conforme à l'orientation de l'autorité internationale.

## **B. Domaines de commentaire quant aux procédures clés**

Ce commentaire n'explorera pas en détail les aspects de la procédure de faillite qui sont largement enracinés dans l'ascendance française des lois malgaches. Cependant, il est à noter que certains aspects de la procédure de faillite sont d'une importance telle qu'une réforme de loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif doit les inclure. Pour assurer la réussite, la description des procédures dans une réforme de loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif devrait pouvoir se lire comme un mode d'emploi qu'une personne des affaires d'un niveau de compétence raisonnable puisse comprendre. Les questions clés sont quoi, comment et quand. A cet égard, c'est l'aspect clé de l'évolution des normes de transparence mises en avant par le modèle de l'UNCITRAL. Parmi ces domaines figurent :

1. Les preuves de réclamation – Les ébauches d'articles 78-118 traitent de l'un ou l'autre aspect mais sont trop compliquées. Une procédure de réclamation simplifiée devrait mettre en exergue : les composantes évidentes et fondamentales des preuves de réclamation pour les créanciers nantis et chirographaires, la documentation d'identification devant être enregistrée avec la preuve de réclamation le plus précisément possible; la période au cours de laquelle une décision sur la liste des créanciers doit être prise. L'ébauche d'article 26 fait des tentatives dans

ce sens, mais alternativement, elle se réfère au dépôt d'une simple information, d'un côté, et aux documents officiels, de l'autre. Les ébauches d'articles 79, 87 et 88 considèrent ces questions mais seulement de façon provisoire. Nulle part ailleurs il n'y a de déclaration permettant au créancier ou à d'autres parties impliquées de trouver la liste exécutoire et liante de créanciers. De la même manière, il ne semble non plus y avoir de disposition prise pour que les créanciers retardataires puissent s'inscrire sous des conditions spécifiques justifiant le délai.

2. La nomination du Syndic - Comme il est avancé dans la Partie I *supra*, le syndic devrait traiter toutes les questions administratives inhérentes au débiteur et aux biens du débiteur, pour le besoin de réduire au minimum le rôle des responsables purement administratifs dans le processus de faillite et d'optimiser le nombre de représentants qualifiés pour effectuer des réclamations économiques. Comme l'ébauche d'article 43 l'atteste en associant le syndic aux intérêts du créancier, le syndic joue certainement de tels rôles économiques. Apparemment, la loi malgache impose au Syndic des fonctions officielles auxquelles il assume les responsabilités d'un auxiliaire de justice. S'il en est ainsi, il n'y a plus de raison d'accabler le greffier des tâches telles que la vérification des salaires comme le détermine l'ébauche d'article 79.1 et les annonces publiques dans les articles 87-88 et 90. Le Syndic est choisi en vertu de sa compétence spéciale dans ce domaine. Il est plus qu'équipé d'une manière adéquate pour administrer de tels sujets de façon centralisée.

Le problème est que pour un poste d'une telle importance, l'avant-projet du 10 janvier s'exprime remarquablement peu sur la procédure concernant le choix du syndic. Les ébauches d'articles 42-43 présentent la possibilité de choisir de multiples Syndics de façon simultanée sans en stipuler les raisons. Une des raisons pourrait être l'assertion de la Cour de Justice que les biens d'une société donnée entraîne un travail administratif énorme et que la division du travail est nécessaire. Mais une autre raison peut résider dans le fait que le Syndic représente les créanciers, comme prévu par l'article 43, et il pourrait y avoir des divergences d'intérêts. Eu égard à la Partie I *supra* les divergences entre créanciers nantis et chirographaires sont particulièrement prononcées. Un avant-projet de loi pourrait souhaiter de stipuler que de multiples Syndics pourraient être nommés, non seulement pour rendre compte de la division de travail, mais aussi afin de représenter les intérêts des créanciers différents. Les créanciers ont besoin d'une voix et devraient être autorisés à saisir la Cour de Justice pour ces mêmes raisons. Aussi, ils devraient avoir la permission de requérir à la nomination d'un Syndic ayant un effet spécial quant à leurs intérêts en tant que créanciers. Bien sûr, la Cour de Justice serait dotée d'un certain pouvoir discrétionnaire pour déterminer le nombre de Syndics, et si besoin est, de représenter les différents intérêts des créanciers à travers de multiples Syndics, la Cour pourrait répartir les responsabilités en conséquence. ( Par exemple : la Cour exercera la discrétion de donner aux créanciers nantis ayant des intérêts dans les biens du débiteur d'être représentés par le Syndic dont la responsabilité est l'administration de ces biens et l'analyse des réclamations en rapport avec ces propriétés).

Il faudrait rajouter que les pays à capital intensif en dehors du monde francophone, tels que les Etats-Unis et l'Allemagne, ont un régime de faillite qui reflète divers intérêts de créanciers pour différentes raisons. Aux Etats-Unis, ce régime tend à être une question de jurisprudence. Différents créanciers ont de représentations différentes dans le processus de faillite, suivant l'idée que sous la loi du contrat, ils ont des intérêts différents et devraient être entendus à travers des représentations. En Allemagne, c'est le marché des capitaux qui en donne l'explication. Les

banques sont des créanciers typiques et possèdent habituellement une large quantité de parts sociales des débiteurs. C'est précisément parce que de tels «initiés» - associés influents - déterminent habituellement la voie de conduite du débiteur vers ou hors de la faillite, que la loi allemande prend soin d'assurer que les intérêts de l'éventail de créanciers soient représentés d'une manière ou d'une autre. En bref, c'est l'un des rares domaines du projet des articles où l'on a davantage besoin, et non moins, de parler de procédure. La pratique internationale illustre ce point de vue. Les problèmes relatifs aux éventuels conflits d'intérêts, quant au Syndic seront discutés dans la Partie IV *infra*.

Les poursuites judiciaires de faillite sont à elles seules suffisamment compliquées en termes de comptabilités et des termes d'affaires sans qu'il y ait encore besoin de complications supplémentaires du point de vue juridique. Les détails sont importants mais une réforme de loi dans ce domaine doit rendre la gestion de la faillite aussi simple et rationnelle que possible. Cela est primordial pour le bénéfice des débiteurs et des créanciers des ménages, des petites et moyennes entreprises qui ont tendance à avoir moins d'expérience directe avec les questions juridiques. Le besoin est particulièrement contraignant dans le cas de revendication en matière de droits légaux. C'est la raison pour laquelle la réforme de la loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif doit mettre en exergue les questions de droits substantifs, et ne détailler que les procédures les plus fondamentales afin de laisser à d'autres autorités légales les autres questions de procédures.

#### **IV. FOCALISATION SUR LES NORMES INTERNATIONALES**

De temps à autre, l'argumentation ci-dessus a fait référence aux pratiques internationales. Dans la mesure cela a été le cas, nous l'avons fait d'une manière modérée - et ce, délibérément. En effet, trop souvent, les pays en voie de développement ont adopté des modèles de lois pêle-mêle, parce qu'ils représentent la conformité aux normes internationales. Le résultat en est une situation plutôt malheureuse dans laquelle les pouvoirs exécutif et législatif, sans parler du secteur privé, n'ont aucune idée de la manière dont une loi donnée et adoptée s'intègre dans leur système juridique. Par conséquent, comme question juridique, ils n'ont aucune idée de ce que la loi qu'ils ont promulguée peut signifier. Il en résulte une confusion totale, surtout dans le Droit Commercial où les lois sont nécessairement liées et doivent donc idéalement véhiculer un message cohérent. Avec les meilleures intentions, un pays peut promulguer une loi "allemande" sur les entités des affaires, une loi "anglaise" sur les assurances et une loi "américaine" sur la négociation écrite, le tout pouvant toucher une seule transaction d'affaires. Pourtant, à moins que plus d'efforts soient entrepris pour intégrer les normes internationales aux pratiques locales des affaires et au système juridique local, le résultat ne sera que catastrophique.

Heureusement pour Madagascar, le scénario catastrophe décrit ci-dessus est bien plus fréquent dans l'ancienne Union Soviétique, qui a dû réinventer du jour au lendemain un système juridique ouvert au marché. Ici, il existe réellement ici un ordre judiciaire établi selon lequel les réformes proposées puissent être évaluées. Néanmoins, il faut être prudent, surtout avec l'application de normes internationales aux domaines du droit traitant des transactions d'affaires.

La raison en est que, dans le domaine des lois régissant les transactions d'affaires, il s'avère que c'est la pratique des affaires qui définit les normes internationales plutôt que l'inverse. Pour le

rendre cela plus explicite, il est utile de comparer avec des lois traitant de la conformité, plutôt qu'avec les lois régissant les transactions. Les lois antérieures exigent une entité gouvernementale exécutoire, dont l'existence dépend de la conformité aux normes internationales, établies par des entités gouvernementales correspondantes à travers le monde. Prenons les exemples classiques de la propriété intellectuelle et des douanes. La réussite même des entités de mise en application dans ces domaines dépend de l'exécution rigoureuse des normes internationales scrupuleusement acceptées et officiellement adoptées. En revanche, les lois traitant des transactions exigent la reconnaissance du fait que le mobile de l'acteur n'est pas la conformité mais le profit. Les réglementations définissant une transaction mettent donc l'accent sur le contrat entre deux parties consentantes. Que signifie la compréhension des normes internationales pour la faillite, qui doit prendre en considération l'application des normes sur une société, à un niveau transactionnel, qui pourtant englobe à la fois de multiples parties et contrats? De tous les domaines de réforme juridique ayant un impact direct sur la politique économique, celui de la faillite se révèle être parmi les plus sensibles. En effet, par définition, la faillite englobe de nombreuses revendications simultanées à l'encontre d'une société qui est incapable ou très prochainement incapable de les honorer.

Justement, cette complexité a mené la pratique internationale des affaires à laisser la faillite comme une affaire en grande partie locale. ***La norme internationale, telle qu'elle existe, est l'exigence d'une loi claire et transparente qui réduise au minimum les détails administratifs en donnant plus de sens au domaine économique dans chaque pays*** : une loi bien en accord avec les directives des quatre thèmes avancés dans la Partie I et II de ce Commentaire. Il est vrai que certaines autorités sus-désignées, tel que modèle de l'UNCITRAL, visent l'acquisition de normes internationales du même genre. Mais le but de l'effort de l'UNCITRAL n'est pas autant de modeler la pratique internationale que de s'en approprier. Les signataires de l'UNCITRAL sont des Etats qui tentent de se tenir à jour sur l'ensemble les pratiques d'affaires au niveau international, et non de les définir. De fait, le modèle de l'UNCITRAL est une concession de la pratique internationale remettant en grande partie la mise en application de la politique de la faillite aux mains des systèmes juridiques locaux.

Et les exigences des firmes internationales en rapport à la faillite sont énormes, même si elles sont uniquement informelles. Les flux de capitaux transfrontaliers et la concurrence croissante parmi les pays en voie de développement pour le capital et la technologie venant du Japon, de l'Europe et des Etats-Unis rendent impératif que des pays en voie de développement signalent aux investisseurs étrangers qu'une procédure de faillite fiable et relativement simple est disponible pour expliquer les « scénarios catastrophe » que toutes les sociétés multinationales et leurs financiers doivent prendre en considération. Tenu pour être la panacée par les investisseurs étrangers, l'arbitrage international n'est pas approprié non plus pour statuer sur le cas d'une société insolvable, qui est susceptible de faire face à des exigences de toutes parts. Un règlement équitable de tels cas ne pouvait avoir lieu qu'à Madagascar où tous les investisseurs et les réclamants, locaux ou étrangers, de tous les secteurs de l'économie malgache, se trouvent sur le même pied d'égalité.

S'exprimer ainsi revient à déclarer que la conformité aux normes internationales apporte des avantages non seulement aux importants investisseurs étrangers mais aussi aux plus petits investisseurs locaux. Les petites et moyennes entreprises, avec un manque de compétence, dans un système judiciaire enraciné dans des habitudes bureaucratiques et administratives de la

période coloniale, seront parmi les plus importants bénéficiaires de la transparence et de la simplification d'une réforme de la loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif.

Aussi, les normes internationales sont-elles de l'ordre de l'efficacité économique, et non pas d'affinité culturelle. En son nom, la Commission est encouragée à laisser de côté tout aspect d'un modèle, ou l'actuelle loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif pour ce sujet, qui présente des reports inutiles dans le processus de faillite, ou qui entrave le redressement de la société débitrice en une dimension commerciale ou industrielle plus productive, ou qui interfère sur le jeu des forces du marché, ou sans l'évidence la plus contraignante d'une nocivité directe et immédiate pour la santé et la sécurité publique, dans le processus de faillite. De telles conceptions sur les normes internationales de l'efficacité économique ont été discutées dans la Partie II *supra*. Outre les points détaillés ci-dessus, une attention particulière doit être portée aux:

#### **A. Différences faites dans l'avant-projet de loi n'ayant aucun sens dans le contexte d'une économie moderne**

Parmi ceux-ci se trouve l'ébauche de l'article 137.1 qui empêche les personnes ou les entités affiliées au débiteur de présenter un plan de cession. Une idée semblable existe pour interdire le traitement de l'affaire par un Syndic sous le projet de l'article 51. L'utilisation efficace des ressources humaines exige que soit donnée aux personnes ou entités plus proches du débiteur de manifester leur exceptionnelle conscience des opérations de la société en présentant un plan ou même en achetant une propriété parmi les biens du débiteur. Ceci ne veut pas dire que de tels plans ne devraient pas être scrupuleusement examinés dans l'éventualité d'un auto-traitement ou d'un enrichissement illicite. Néanmoins, la Commission est encouragée à permettre à de telles personnes de participer au processus de faillite, après l'examen minutieux par la Cour de Justice des plans ou offres d'achat. Il n'existe pas de formule internationale pour de tel examen. Toutefois, la connaissance en matière de fusion et de redressement au niveau international a incité les législateurs de plusieurs pays et des organisations internationales telles que Transparency International, à identifier avec plus de précision que le projet de l'article 137.1 le cercle des personnes ou entités qui ont des liens privilégiés avec la société ou la firme. Un examen minutieux par la Cour de Justice serait effectué dans le cas impliquant des "proches" du débiteur. Ces derniers peuvent être définis comme ceux liées avec le débiteur par les liens du sang, le mariage et l'adoption ou qui ont été :

- un(e) employé(e), cadre, directeur du débiteur ;
- un créancier du débiteur, incluant mais ne se limitant pas au créancier par jugement;
- une personne disposant de parts sociales directes ou indirectes, ou de partenariat d'intérêts avec le débiteur équivalant à ou excédant 5% ;
- une partie disposant d'options à travers un contrat de gestion ou d'autres moyens d'acquérir des intérêts dans les biens du débiteur équivalant à ou excédant 5% ;
- le représentant, l'agent ou l'employé de toute personne ou entité qui est un "proche" des biens du débiteur.

Ces idées et d'autres du même genre pourraient inciter la Cour à s'approcher de la définition de conflits d'intérêts éventuels dans un cadre d'organismes constitués modernes, mais qui permet cependant certaines transactions ayant un sens sur le plan économique. Les intérêts du membre

de la famille, de l'officier de la société ou du Syndic devraient être minutieusement examinés au cas par cas. La présupposé fondamental est ici que l'aspect informel de l'économie malgache permet le développement d'une grande ressource économique, du savoir-faire des individus et des sociétés ayant des contacts intimes avec la société débitrice. L'économie malgache peut largement capitaliser sur cet investissement en permettant le transfert de tel savoir-faire issu des ménages, des petites et moyennes entreprises et des financiers qui connaissent une affaire en difficulté et qui peuvent dorénavant les transformer plus efficacement, ou du moins une partie, en une société évolutive qui est sujette à un examen scrupuleux par le tribunal des plans et des offres d'achat proposées par de telles "proches personnes".

## **B. Normes régionales contre normes internationales**

Le bloc régional de commerce est rapidement en train de remplacer l'Etat-nation comme l'unité offrant plus de résistance durable aux tendances de l'économie globale. Il n'est plus maintenant inhabituel, même pour des nations économiquement puissantes telles les Etats-Unis, de considérer leurs voisins immédiats comme une source de sécurité en ces temps de turbulence de l'expansion et de récession dans la nouvelle économie internationale. Il est donc naturel que l'avant-projet de loi OHADA vienne à l'attention de la Commission et qu'il ait fourni des éléments de base pour l'avant-projet du 10 janvier. Mais c'est la norme internationale suprême qui poussera tous les pays à revoir leurs lois commerciales: l'efficacité économique. Ceci ne veut en tout cas pas dire que l'héritage laissé par le système du droit civil français soit diamétralement opposé à cette norme. Il y a beaucoup à dire pour la conservation des traditions judiciaires, quand elles sont facilement reconnaissables par tous les niveaux de la communauté des affaires malgache et n'empêchent pas une redistribution neutre et rapide des ressources, objectif de la politique du redressement de la faillite. Cependant, cela voudrait dire que si, comme dans le cas d'une faillite, le développement économique et l'efficacité sont les principales occasions de revoir un régime judiciaire, Madagascar n'a plus le luxe de compter que sur la «tradition» comme élément de base pour justifier son régime de faillite. Ce sera surtout le cas, comme à Madagascar, quand la communauté locale des affaires n'a jamais incorporé les lois actuelles à ses traditions. Quant aux aspects de l'avant-projet qui tirent entièrement avantage des aspects prouvés et fiables du modèle francophone sans aucun coût économique, la Commission est bien sûr encouragée à donner une plus sérieuse considération à leur incorporation. Mais la conformité aux normes internationales devrait prendre le dessus, ce qui signifie que la priorité des priorités devrait être assignée au développement d'une nouvelle loi sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif simple et claire pour la communauté des affaires autant internationale que locale et est caractérisée par la réduction des facteurs administratifs et la mise en exergue des facteurs économiques. Les derniers critères sont d'importance particulièrement vitale à un moment où le système judiciaire actuel s'appuie sur des ressources publiques limitées.

Une loi commerciale qui n'est pas comprise ou utilisée par les entreprises n'est pas entièrement, ou même partiellement, commerciale. Idéalement, certains des avis exprimés dans ce Commentaire pourront être considérés dans les intérêts de la plus authentique réforme que Madagascar puisse accomplir dans son régime judiciaire actuel sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif: le rendre compréhensible et utilisable par toutes les composantes de l'économie actuelle et à venir de Madagascar.

# **LA REFORME DE L'APUREMENT DES PASSIFS A MADAGASCAR: IL EST TEMPS**

**Rapport No. 2**

28 mars 2000

## I. INTRODUCTION ET RESUMÉ

L'apurement des passifs a une place unique parmi les droits commerciaux. La raison en est qu'elle soutient une détermination transparente et juridique qui est à la fois-- détaillée, applicable dans le futur et rétroactive en effet. Comme elle traite des sociétés *in extremis* et exerce en même temps un effet déterminant quant à tous les aspects de la vie économique d'une société, son succès ou son échec représente un microcosme du niveau de confiance porté par le milieu des affaires d'un système juridique donné à l'Etat de droit.

Grâce à toutes ces caractéristiques, l'apurement du passif marque un carrefour dans le développement des droits commerciaux malgaches. Cela tient de son caractère détaillé, tourné vers le futur et rétroactif, qui en fait :

- un test décisif sur la fiabilité du système juridique pour des banquiers et des investisseurs, en particulier, ceux ayant le capital et la technologie à long terme essentiels, nécessaires à l'ouverture des secteurs commerciaux à ressources et il qui n'ont aucune alternative que de compter sur des coparticipants et des co-emprunteurs locaux ;
- la source la plus évidemment neutre politiquement pour la distribution des capitaux, enracinée comme elle est dans un système des tribunaux et mise en œuvre au niveau de l'entreprise plutôt qu'au niveau macro-économique ;
- le point de référence pour la communauté financière internationale en termes d'évaluation du risque pour une reprise avec la pire hypothèse.

Chacune des trois raisons ci-dessus exige un droit et un régime d'apurement du passif concentré sur des facteurs économiques. La loi malgache actuelle fait défaut parce qu'elle ne souligne pas les intérêts économiques ni des débiteurs ni des créanciers dans un processus simple et transparent, elle se concentre plutôt en grande partie sur des questions d'ordre pénal et social. La situation est sévère en termes de jurisprudence pratique; la loi actuelle est un vestige non pertinent de la période coloniale. La réforme juridique exige ainsi une loi qui soit différente en nature plutôt qu'en degré.

## II. PERTINENCE ACTUELLE DE L'APUREMENT DU PASSIF À MADAGASCAR

La grande majorité des poursuites judiciaires est dans un système de débats contradictoires. Cela signifie qu'elles sont un jeu "de somme nulle" dans lequel chaque partie se trouve d'un côté ou l'autre face à une proposition du genre «qui gagne ramasse la mise ». Pour cette raison, un acheteur confronte un vendeur, un prêteur un emprunteur, un consommateur un producteur.

Le domaine de l'apurement du passif est entièrement différent. C'est le seul événement juridique dans un contexte commercial dans lequel une cour agit de façon à la fois rétroactive et tournée vers le futur au nom de toutes les parties concernées. Les résolutions dans le domaine de l'apurement du passif présentent ainsi une portée unique, à la fois du fait du nombre d'acteurs économiques qu'elles touchent et du fait de leur capacité à influencer sur des décisions d'une entreprise à chaque moment de son histoire et dans ses futurs rapports d'affaires. Pour toutes ces

raisons, même si elles sont façonnées par l'ordre judiciaire de nature politiquement neutre, l'apurement du passif a un impact considérable en tant que politique économique.

Ce qui précède est une caractérisation générale de l'importance de l'apurement du passif en général. Mais de tous les droits commerciaux, pourquoi l'apurement du passif est-il si important pour Madagascar? Et pourquoi maintenant? En voici cinq raisons:

- *la distribution efficace des actifs* - Avec la menace de l'inflation annuelle à deux chiffres, il est particulièrement important que le capital disponible dans l'économie soit utilisé de façon efficace. Cela signifie qu'une société fortement endettée ne peut disposer de façon rapide et définitive de ses engagements que par l'apurement du passif formel. La pratique actuelle des affaires à Madagascar en matière de règlement des dettes d'une manière informelle, un créancier à la fois, perpétue souvent les inefficacités qui peuvent autrement être résolues *in toto* par le processus d'apurement du passif. Des poursuites de faillite transparentes dans un tribunal judiciaire entraîne la considération de la totalité des transactions et des engagements de la société d'une façon formelle et transparente.
- *encourager le financement des industries locales à but lucratif* - Les projets d'extraction des ressources minières et d'infrastructure locale comme la construction routière peuvent tout à fait constituer une part importante du profil d'investissement pour Madagascar dans les prochaines années. Mais ce sont des industries à fort financement qui sont susceptibles d'entraîner les prêteurs à prendre des intérêts de sécurité dans le matériel du projet et autres biens du capital comme condition préalable à l'extension de prêts. La viabilité de l'apurement du passif dans la pire hypothèse diminue le risque pour les prêteurs nantis et les rend plus disposés à faire des prêts à caution
- *encourager l'investissement étranger dans des industries locales à but lucratif* - Le besoin de permis locaux dans les industries telles que les mines et la construction, doublé du besoin de capital et de technologie étrangers, est susceptible de faire de l'entreprise en participation (joint-venture) entre une société domestique et étrangère une forme privilégiée d'affaires à Madagascar dans un proche avenir. Dans ce contexte, les financiers étrangers et futurs investisseurs prêteront une attention particulière à la présence d'un régime stable de l'apurement du passif le considérant comme une protection en traitant avec les compagnies locales. Ainsi, un régime de l'apurement du passif stable et transparent a un effet salutaire considérable sur les compagnies étrangères qui cherchent des débouchés à Madagascar.
- *orientation vers les marchés financiers locaux* - Avec des capitaux à risques pratiquement inexistant, les banques dominent la finance malgache. Etant fondamentalement des financiers conservateurs obtenant un taux de rendement relativement faible, les banques se concentrent normalement sur des questions "d'inconvénients" telles que des intérêts de sécurité et analysent toutes les transactions non du point de vue de la ristourne, mais plutôt du point de vue du risque. Les marchés financiers dominés par la banque ont donc donné beaucoup d'importance sur un régime d'apurement du passif stable et prévisible. Les deux périodes les plus récentes des opérations bancaires malgaches ont été la nationalisation suivie d'une brève période de domestication. Dans la période de l'administration par l'Etat comme au cours de la période d'opérations bancaires de "rapport" domestiques confortables qui a suivi, l'apurement du passif n'a pas été mis en évidence. Sous le socialisme ou le capitalisme

‘de copinage’, les problèmes étaient résolus à l’amiable. Les temps changent. Le contrôle étranger ou la participation à ce qui avait été des banques domestiques signifie des contrôles du crédit de la part des sièges sociaux étrangers à Paris ou ailleurs et des audits étrangers rigoureux – à la fois par le personnel interne et par des superviseurs du gouvernement. Sous de tels contrôles stricts, même les quelques prêts à problèmes à Madagascar occasionneront des questions. Un régime crédible d’apurement du passif à Madagascar peut aider à apaiser des problèmes des examinateurs bancaires et favoriser les prêts par les banques, les seuls vrais acteurs sur les marchés financiers de Madagascar.

- *propriété domaniale* – Elle constitue la source d’une grande partie de la richesse de Madagascar et il en sera ainsi pour un certain temps encore. Comme dans plusieurs pays en voie de développement, l’astuce consiste à marier la richesse naturelle avec la technologie moderne. Mais cela ne peut se faire qu’avec un capital et une expertise venant de l’étranger. Des considérations culturelles et sociales profondes excluent les étrangers de la propriété terrienne à Madagascar. Le fait d’adhérer à cette politique n’exclut pas l’investissement étranger, mais cela signifie que pour compenser, Madagascar devrait ratifier des réformes dans d’autres domaines du droit en dehors de la question de la propriété foncière. Assurément, l’apurement du passif constitue l’un de ces domaines. Ceci vient de ce qu’elle traite la disposition des risques pris par les prêteurs et les investisseurs étrangers. Sans un régime d’apurement du passif qui soumet la propriété immobilière d’un débiteur à la gestion par un syndic tenu de respecter les réclamations des parties étrangères et comme celle des parties domestiques, les étrangers sont nettement désavantagés. Ils ont été et resteront hésitants à apporter le capital et la technologie nécessaires à Madagascar s’ils n’ont jamais une voix dans la distribution de la terre. D’un autre côté, un régime d’apurement du passif stable donnera au moins une certaine voix aux créanciers étrangers dans la destination des biens, y compris la propriété immobilière, à travers la participation partagée dans de telles organisations que l’administrateur de faillite (ou "syndic").

Il est à noter que les quatre derniers facteurs parmi les cinq ci-dessus ont un élément en commun: ils considèrent tous l’apurement du passif du point de vue du créancier potentiel, du point de vue de l’investisseur ou de la banque. Tous deux évaluent les aspects tournés vers l’avenir, rétrospectifs et définitifs de l’apurement du passif à partir de positions avantageuses différentes. Le banquier mesure le risque par rapport au coût des fonds, soit venant de l’épargne domestique soit de sources internationales. Comme Madagascar possède très peu de la première, il est particulièrement important de faire référence au dernier. L’opération d’un système transparent d’apurement du passif est d’une importance primordiale pour un banquier dans cet environnement. Le crédit bancaire dans tous les pays est fondé sur le poids du risque contre un rapport plutôt mince et étroite. Le risque est la variable indépendante dans la décision de prêter. Sans un régime d’apurement du passif raisonnablement crédible et transparent dans un pays comme Madagascar, si dépendant des fonds extérieurs, le banquier reçoit peu de directives formelles pour la performance de la part du milieu d’affaires local. Cela se répercute sévèrement sur la capacité du banquier à calibrer le risque et à le peser contre les modestes contreparties, que les banques, de par leur nature, reçoivent en prêtant. Il n’est donc pas surprenant qu’une absence de crédit bancaire à long terme et un système stable d’apurement du passif aillent de concert.

Étude de Pays de la Banque Mondiale : Madagascar, Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, pp.154-155 (désigné comme Etude de la BIRD). Les

aspects futurs et rétrospectifs des déterminations de faillite permettent à un banquier d'estimer que quelque chose pourrait être obtenu dans la « pire des hypothèses » et ceci facilite le prêt.

L'investisseur a une perspective différente de celle du banquier et a davantage tendance à prendre de plus grands risques en vue de plus grandes contreparties. Néanmoins, l'apurement du passif est important pour l'investisseur parce qu'il est complet. Ceci est particulièrement vrai dans un pays comme Madagascar, où la ressource principale qu'un associé malgache apporte à une entreprise est sa connaissance de la culture d'affaires locale. Les investisseurs étrangers, en particulier ceux maintenant un faible profil local, comptent souvent sur les associés locaux et coparticipants pour assumer des responsabilités significatives en matière de gestion quotidienne. Ils ont ainsi besoin d'un processus formel pour s'assurer qu'en cas de complications dans leurs affaires, ils ont une maîtrise assez bonne du nombre de réclamations légitimes qui peuvent être faites sur les affaires à tout moment. Les poursuites formelles de faillite peuvent ne pas être nécessaires, mais la possibilité de poursuites de faillite, ou simplement les poursuites pour la conception d'un redressement, donnent à l'investisseur étranger retiré un certain degré de contrôle sur l'entreprise. De par sa nature détaillée et formelle, il permet à l'investisseur de jauger les problèmes et les potentiels de l'investissement.

Ces deux perspectives se rapportent à l'importance de l'apurement du passif en tant qu'outil au niveau micro-économique de l'entreprise. Mais l'apurement du passif a également une importance significative pour la première des cinq raisons mentionnées, qui est la macro-économie malgache. Les restrictions actuelles sur la propriété terrienne limitent sévèrement l'occasion pour l'investissement direct étranger. Comme il a été dit, le taux d'épargne domestique a été tout à fait faible comparé à celui de plusieurs pays, même ceux en transition. Étude de la BIRD, pp. 74-75. Cela signifie qu'en restant fidèle à la discipline monétaire, Madagascar devra répartir ce capital actuellement au travail dans l'économie vers d'autres sources. La façon traditionnelle malgache de résoudre les problèmes de l'endettement de personne-à-personne n'est pas à la hauteur de cette tâche. Comme il a été noté, une réforme du régime d'apurement du passif expédie des conflits juridiques existants et anticipés et ce, d'une manière complète.

Cette manière d'opérer à la fois rétrospectivement pour le futur, aussi bien que l'ampleurs et le détail sont compréhensibles. Mais comment cela se traduit-il dans la loi? Un examen des tendances et des pratiques actuelles est de rigueur.

### **III. LES NORMES INTERNATIONALES**

Les normes de l'opération à la fois rétrospective et tournée vers le futur, ainsi que le caractère détaillé ont leur base dans les tendances de la pratique de l'apurement du passif moderne, des tendances présentes actuellement peu importe l'histoire culturelle ou idéologique du pays.

#### **1. Opération rétrospective et tournée vers le futur**

Cette norme est tout à fait compatible avec un système de Code Civil, tel que celui de Madagascar. Cela vient de ce que le Code Civil montre avec le plus de transparence et de la manière publique possible le chemin vers la réforme. Dans un Code Civil général, il établit les principes primordiaux des relations entre débiteur et créancier qui fournissent la base permettant

aux déterminations de l'apurement du passif d'ajuster les engagements passés et de fournir une base solide pour la redistribution des actifs. Parmi des traits communs à tous les codes civils sont: la nature de l'endettement, la demande de paiement appropriée et les droits du créancier contre ceux d'autres parties ayant des réclamations sur le débiteur et d'autres caractéristiques.

Mais les années 90 ont vu la plus grande vague de réforme juridique dans des systèmes de Code civil, l'une qui dépasse largement les réformes juridiques commerciales des pays de Code civil vers la fin des 19ème et 20ème siècle. Et cette réforme a eu lieu là où on s'y attendait le moins – dans l'ex- Union soviétique. ***Ce qui importe de plus que Madagascar se rende compte, c'est que cette vague a modifié les attentes d'une communauté financière internationale, de plus en plus homogénéisée, concernant ce que devrait être une loi sur l'apurement du passif dans un pays en voie de développement.*** Le mode d'opération unique à la fois rétrospectif et futur de l'apurement du passif est la formulation idéale pour la redistribution du capital. Au niveau international, on vise donc l'efficacité économique, et non l'affinité culturelle. Ironiquement, l'absence de tradition capitaliste et de tradition du marché dans les pays de l'ancienne Union soviétique en ont fait des laboratoires idéaux pour se concentrer sur les conséquences économiques de l'apurement du passif, sans les pièges des traditions juridiques et administratives qui caractérisent les régimes d'apurement du passif en Europe occidentale et leur progéniture en Afrique et en Asie. Un deuxième avantage de cette vague récente est que vu que l'ancienne Union soviétique n'avait aucune sorte de législation associée au marché, des lois de réforme d'apurement du passif ont dû être considérées par rapport à tous les autres aspects de la réforme juridique commerciale. Ceci a encore renforcé la prééminence des facteurs économiques dans l'analyse des lois d'apurement du passif. Par conséquent il n'est aucunement surprenant que la réforme simultanée du Code Civil et de l'apurement du passif a eu comme conséquence des lois qui se ressemblent, concentrées sur des facteurs économiques, dans des pays aussi différents du point de vue de leur culture que les Républiques de la Géorgie, la Mongolie, le Kazakhstan, l'Arménie et le Turkménistan.

Comment cette attention aux sciences économiques s'est-elle traduite en une réforme du droit sur l'apurement du passif ? Quels genres de dispositions la communauté financière internationale recherche-t-elle maintenant dans une réforme de loi sur l'apurement du passif? Avec une aide occidentale, le Ministère de la Justice de la République d'Arménie a proposé une réforme de loi sur l'apurement du passif à la fin janvier 2000 et l'a diffusée publiquement à des fins d'analyse. Examinons la réponse à ces questions dans le contexte des caractéristiques tournées vers l'avenir et rétrospectives de la législation pour la réforme de l'apurement du passif et en considérant où en est l'Arménie actuellement dans le processus de réforme. Les dispositions tournées vers l'avenir de l'apurement du passif sont celles qui permettent à tous les acteurs économiques de comprendre ce qui se produira en cas d'une déclaration en faillite. Voici les caractéristiques qui ressortent du projet de loi en Arménie, concernant l'opération tournée vers l'avenir de l'apurement du passif:

- une indication claire que le but de l'apurement du passif est tourné vers l'avenir – il vise l'acquittement du débiteur, non l'extraction de mesures punitives ni l'avancement d'un programme social de l'Etat ;
- une orientation claire pour les profanes en affaires quant à la façon de commencer les poursuites de faillite, y compris la référence spécifique aux types de documents requis pour

la déclaration, plutôt que de se confier dans la tradition juridique locale ou aux vagues rapports quant au procédé du tribunal.

Naturellement, l'apurement du passif comporte également la mise en ordre d'un intérieur économique désordonné et a par conséquent un effet rétroactif, ce qui signifie qu'il tient compte de la réalité des engagements existants du débiteur. Parmi les aspects marquants de du projet de loi de l'Arménie ayant ces caractéristiques on trouve ceux qui présentent :

- une instruction précise quant aux différences parmi des créanciers et comment chaque type de créancier détermine les bases d'une réclamation valable pour ensuite avoir un forum pour défendre sa position une fois l'apurement du passif entamé, plutôt que des dispositions laissant simplement la faillite aux mains du tribunal
- des raisons claires et objectives pour mettre de côté des transferts effectués par le débiteur avant toute déclaration de faillite, plutôt que des normes se concentrant sur la mauvaise foi ou la mauvaise intention du débiteur accompagné de mesures punitives.

Bien entendu, personne ne s'attend à ce que Madagascar ou que n'importe quel autre pays suive le modèle arménien. Et voilà l'essentiel, c'est qu'il n'y a aucun modèle. Plutôt que de représenter un prototype, l'Arménie suit une tendance qui se généralise au niveau mondial. La direction proposée de l'Arménie est-elle représentative des tendances récentes? Au sens juridique, pour les raisons mentionnées ci-dessus concernant le sens de la réforme dans des pays de Code Civil, elle l'est. Mais l'Arménie est représentative dans un sens plus profond encore. En termes de l'importance relative du secteur privé, le rapport de transition le plus récent de la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement place l'Arménie presque exactement au centre des 26 pays de l'Europe de l'Est et de l'ancienne Union soviétique dotés de codes civils. Avec un secteur privé représentant 60% du PIB, l'Arménie se trouve juste sur le point de développer des lois pour satisfaire les besoins d'un secteur privé en extension. Naturellement, Madagascar a des racines plus profondes dans la tradition du secteur privé. Mais de la même manière on y trouve le besoin de développer des lois sensibles à un secteur privé en pleine croissance, non seulement par sa dimension mais aussi par son niveau de complexité du fait des efforts de privatisation. Cela signifie une plus grande sensibilité aux facteurs économiques illustrés par les caractéristiques tournées vers l'avenir et rétroactives de l'apurement du passif comme on l'a présenté ci-dessus.

Aussi, l'Eurasie a-t-elle fourni le modèle le plus récent de réforme de l'apurement du passif dans les économies en transition. Même en Biélorussie, qui est à plusieurs points de vue la moins progressive des républiques européennes de l'ancienne Union Soviétique, une réforme juridique importante a eu lieu depuis 1991. La loi de la Biélorussie ne contient aucune trace des dispositions pénales. Elle favorise l'économie politique. Elle ne parle que très peu de procédure. Par contre, elle se caractérise par la participation active des acteurs économiques telles que les créanciers dans la procédure d'apurement du passif. Elle se compose de 41 articles très abordables. Voir : Loi « Sur l'Insolvabilité Economiques et l'Apurement du Passif », République de Biélorussie, 30 mai 1991. Si ce petit coin tranquille de l'ancienne Union soviétique peut faire tellement pour faire avancer l'apurement du passif en tant que comme résolution tournée vers l'avenir et rétroactive, sûrement Madagascar pourrait le surpasser par son degré de conformité à

ces critères et en termes de responsabilité envers la communauté des affaires.

## 2. Le caractère détaillé

Cet aspect des procédures d'apurement du passif souligne la facilité de comprendre la loi et l'accès au système des tribunaux. Afin d'être l'arbitre définitif des ressources en capital quand une société fait face aux problèmes, un régime d'apurement du passif doit être accessible à tous les constituants de l'économie d'un pays, de la plus petite entreprise à la grande société internationale. Puisqu'il s'agit de l'économie la plus complexe au monde, il n'est qu'approprié d'examiner brièvement la réforme en matière d'apurement du passif aux Etats-Unis afin de voir comment un régime d'apurement du passif peut être plus ouvert aux besoins des différents acteurs économiques. La réforme sur l'apurement du passif aux Etats-Unis a été entreprise vers la fin des années 1970, à un moment où l'économie américaine a affronté des problèmes généraux semblables à ceux auxquels Madagascar fait face, quoique à un degré différent. Parmi ces caractéristiques on trouve: le manque d'efficacité de l'industrie et la nécessité d'introduire la concurrence parmi les industries du service de base afin d'avantager les consommateurs, la forte désintermédiation dans le secteur financier causée par une inflation considérable et, enfin, l'endettement du consommateur et de la société de façon considérable ajouté à faible taux d'épargne. La réforme américaine a été menée par une nécessité économique, et non par la jurisprudence. Le caractère détaillé a été réalisé en rapprochant l'apurement du passif de tous les aspects de l'économie comme suit :

- en réduisant l'endettement du consommateur et de la société par des dispositions dans la loi de réforme démontrant l'engagement clair envers l'acquittement de dettes comme raison pour l'apurement du passif, encourageant ainsi la déclaration volontaire de mise en faillite et accélérant l'utilisation efficace du capital ;
- en encourageant les prêts à caution par des banques et la confiance publique dans l'épargne comme outil économique par des dispositions dans la loi de réforme reconnaissant des différenciations précises parmi des créanciers, en particulier parmi les créanciers nantis et chirographaires sur la base du risque ;
- en arrêtant des tendances inflationnistes par la redistribution du capital des sociétés inefficaces vers celles qui sont efficaces à travers des dispositions dans la loi de réforme telles que celles liées à des listes définitives et légalement exécutoires de créanciers et par l'identification du moment précis de l'action finale par le tribunal de faillites.

Encore une fois, de telles réformes comme celles qui ont été entreprises ne trouvent leurs racines ni dans le système juridique anglais, ni dans celui des Etats-Unis. Plutôt, elles ont été exigées par des sciences économiques et la nécessité de lier la loi aux réalités commerciales modernes. Aux Etats-Unis, la recherche du caractère détaillé et de l'accommodation aux réalités commerciales modernes a généreusement porté ses fruits: à un moment de grande prospérité économique, les cas de faillite aux Etats-Unis sont à leur niveau le plus élevé et sont parvenus à avoir pour effet une redistribution raisonnablement rapide et transparente du capital des sociétés inefficaces vers celles qui sont efficaces pour stimuler une croissance économique durable sans précédent.

Comme la réforme aux Etats-Unis était dictée par la politique économique plutôt que de l'adhésion à la tradition juridique anglaise, il n'est pas étonnant la situation chez le voisin du

Nord, avec une tradition de droit commun et de droit civil, ait suivi le même cours. C'est la politique économique, plutôt que la tradition culturelle, qui l'a entraîné à étendre des possibilités pour l'acquittement des créanciers, avec la médiation pour l'acquittement en dernier recours en cas de complication. Voir les amendements à «l'Apurement du Passif et l'Acte d'Insolvabilité », 19 Juin 1998. Aussi, l'acquittement est-il au centre de la législation de l'apurement du passif en tant qu'outil commercial moderne.

En récapitulant les pratiques et les normes internationales de pointe dans le domaine de l'apurement du passif, les juristes malgaches et les décideurs en matière de politique économique devraient savoir que la réforme de l'apurement du passif a nécessité la collaboration étroite entre les gouvernements locaux et les donateurs de différentes traditions juridiques. Les législateurs des traditions de Code civil et de droit coutumier ont travaillé côte à côte pour produire les lois de réformes sur l'apurement du passif mariant le Code civil dans la forme et la politique économique dans le fond. Les législateurs américains et allemands ont travaillé de manière particulièrement étroite en fixant cette nouvelle norme comme les professionnels malgaches et autres l'ont appris à travers la communauté internationale. La Restructuration des Entreprises en Difficulté, IDLI/USAID Forum, 12-16 décembre 1994, pp. 4-5.

Le caractère futur et rétroactif de l'apurement du passif aussi ainsi que son caractère détaillé a produit quatre principes essentiels de politique pour l'évaluation de tout régime d'apurement du passif :

- la nécessité d'une loi sur l'apurement du passif qui augmente le nombre de voix économiques et réduit au minimum le nombre de celles de l'administration (caractère détaillé);
- la nécessité de pourvoir à une distribution des ressources efficace plutôt que punitive (opération future) ;
- la nécessité de faciliter des calculs économiques en déterminant des normes concrètes pour chaque étape dans le processus d'apurement du passif (opération future et rétroactive) ;
- la nécessité de restreindre l'objectif social de l'apurement du passif à la distribution efficace de ressources (opération future et caractère détaillé) ;

Il reste maintenant à évaluer la loi malgache actuelle sur l'apurement du passif sur ces bases.

#### **IV. EVALUATION DE LA LOI MALGACHE ACTUELLE**

En utilisant les critères énumérés ci-dessus, voici un examen récapitulatif de la loi actuelle sur l'apurement du passif, promulguée en 1962 :

- *La nécessité d'une loi sur l'apurement du passif qui augmente le nombre de voix économiques et réduit au minimum le nombre de celles de l'administration* - Cela signifie encourager les acteurs économiques principaux à participer dans l'apurement du passif. L'article 437 de la loi actuelle manque de le faire. Il fait porter aux débiteurs le fardeau de déclarer faillite sans incitations économiques suffisantes. Personne ne s'oppose à ce que la

transparence économique soit servie par des dépôts par le débiteur. Mais ceci ne peut se produire que si on donne au débiteur les raisons économiques de le faire. Elles sont fournies par une solution facile: un engagement sans équivoque contenu dans la loi à acquitter le débiteur comme le but de l'apurement du passif.

Quant aux créanciers, la loi actuelle tient compte de la réalité économique en reconnaissant que les différents créanciers peuvent occuper différentes positions. Le chapitre VI, sections III et IV de la loi actuelle sont des exemples d'une reconnaissance générale de ce principe. Mais il faudrait insister beaucoup sur la participation du créancier dans le processus d'apurement du passif. Les intérêts particuliers des classifications de créanciers, par exemple, pourraient être reflétés dans le développement d'un plan pour le redressement du débiteur. Un développement de ces aspects et de ceux s'y afférent dans une loi sur l'apurement du passif fournit aux créanciers une incitation supplémentaire pour participer et réduira le nombre d'occasions d'affaires impropres et privées entre un créancier et un débiteur ainsi que bien entendu les occasions de transferts frauduleux.

- *La nécessité de pourvoir à la distribution de ressources efficace plutôt que punitive* -  
L'article 437 force le débiteur à déposer son bilan en cas de cessation de paiement. De même, l'article 614, avec ses nombreuses parties, punit les parties qui sont en faillite selon les conditions qui y sont stipulées. L'article précise que la sanction sera exigée pour les offenses de faillite stipulées qui sont simples et frauduleuses. D'ailleurs, la discipline se trouve liée au régime d'apurement du passif plutôt qu'exclue.

Dans leur ensemble, de telles dispositions étendent le processus d'apurement du passif au-delà de sa propre portée qui est d'assurer la plus grande efficacité économique. Les articles 437 et 614 attribuent une importance juridique au non-paiement de la part du débiteur. Cependant, ceci confond un but moral avec un but économique. Il y a une grande différence entre l'incapacité et la réticence à payer. La loi en général devrait traiter des deux aspects- mais la loi sur l'apurement du passif ne devrait traiter que du premier. Le simple fait de ne pas payer, en vertu de l'article 437, pourrait relever d'un certain nombre de circonstances, allant d'un petit conflit entre entités commerciales jusqu'au désaccord de bonne foi sur les termes d'un accord commercial complexe, dont aucun des deux n'a d'effet sur l'efficacité de la société ou sa capacité générale de satisfaire des engagements. Ainsi, la condition de l'article 437 que le débiteur dépose son bilan dû à une incapacité de payer invite simplement à négliger la loi sur l'apurement du passif et a un effet corrosif sur sa capacité d'allouer efficacement les ressources sociales. Heureusement, la loi actuelle fournit la solution. Malheureusement, elle n'en fait pas la publicité. Aux termes de l'article 607, une loi sur l'apurement du passif devrait donner une indication claire et sans équivoque que l'apurement du passif n'a principalement qu'un but: l'acquittement du débiteur, à l'exception de ce qui a été spécifiquement et étroitement défini.

L'apurement du passif n'est pas utilisé à Madagascar pour la simple raison que la loi contient tellement de mesures punitives que le débiteur n'ose pas déclarer faillite. Comme la loi n'est pas utilisée, les créanciers ne perçoivent aucun avantage à déposer le bilan, chacun recherchant à exiger en privé sa propre concession de la part du débiteur. Il y aurait à dire sur les règlements informels de l'endettement de personne-à-personne à Madagascar. Cependant, le prix de cette absence de formalité est souvent une série de manœuvres transigées dans le but de maintenir des affaires à flot et de déjouer un créancier contre un autre à mesure que des pratiques d'affaires inefficaces sont perpétuées. Les dispositions punitives actuelles dans la loi sur l'apurement du

passif invitent simplement à la fuite et minent la confiance publique dans le rôle de l'apurement du passif pour une redistribution efficace des ressources. Qui est le perdant? C'est la société en général, à travers le déploiement prolongé des ressources économiques qui pourraient autrement être allouées aux entreprises présentant de plus grandes possibilités en matière d'offre d'emploi et d'augmentation du choix du consommateur.

- *La nécessité de faciliter les calculs économiques en déterminant des normes concrètes pour chaque étape dans le processus d'apurement du passif* – Dans l'idéal, une loi sur l'apurement du passif donne des indications claires quant à l'accès à divers "ports d'entrée" dans un processus juridique complexe. Elle devrait être claire afin de rendre cent fois plus facile des jugements économiques et entrepreneuriaux très difficiles pour le débiteur comme pour le créancier. Les articles 437-453 sont conçus pour donner quelques directives au débiteur à ces égards tandis que les articles 508 à 535 visent à fournir des directives aux créanciers. Mais la loi ne facilite pas convenablement des calculs de chaque côté de l'équation. Hormis la qualité punitive de la loi, discutée *supra*, il n'existe que très peu d'indications pour débiteur quant au moment de déclarer. Sûrement que la loi ne pourrait pas être lue au sens littéral pour signifier que n'importe quelle cessation de paiement exige une déclaration de mise en faillite. Cela fût-il vrai, les parties exerçant les remèdes contractuels légitimes seraient pénalisées avec l'obligation de se déclarer en faillite. Alors que peut bien signifier la loi? Les juristes locaux la relient à des critères objectifs liés à la santé financière de la société. Pourtant, de tels critères sont nombreux, allant du résultat négatif à la marge brute d'autofinancement en baisse, qui pourraient supporter une déclaration. Mais l'importance de ces derniers varient avec la société. Encore une fois, la solution pour définir un "port d'entrée" dans le système d'apurement du passif pour le débiteur est de fournir une incitation, et non une discipline. Cette incitation est fournie par une stipulation sans équivoque que l'acquittement est le but de l'apurement du passif, non l'adhésion à une certaine norme vague et non spécifiée de l'état financier du débiteur qui est difficile à suivre - et que la loi elle-même n'énonce pas.

La position de créanciers n'est guère meilleure. Eux aussi font face à des difficultés en effectuant des calculs économiques en vertu de la loi actuelle. Comme on l'a noté à plusieurs reprises ci-dessus, un régime d'apurement du passif dérive sa crédibilité en grande partie de son caractère détaillé, en d'autres termes, de ses capacités à disposer d'une manière définitive et neutre des intérêts du créancier. Cependant, étant donné particulièrement le manque de confiance manifeste au sein du milieu des affaires dans le régime malgache d'apurement du passif, la crédibilité du système dépend de sa capacité de convaincre chaque créancier qu'une telle disposition est juste et couvre tous les créanciers. Ceci signifie donner à des créanciers une vue d'ensemble des relations du débiteur avec ses autres créanciers. Cependant, l'accent principal sinon exclusif des articles 508-535 est la définition des intérêts du créancier par rapport au tribunal, et non au milieu d'affaires dans son ensemble. En dépit de toutes les procédures énumérées dans ces articles, il ne semble pas y avoir de référence claire à une liste de créanciers finale légalement exécutoire à partir de laquelle il soit possible de prendre des décisions économiques. En conclusion, la loi actuelle n'établit pas de distinction uniforme et logique parmi les créanciers. Parfois, certaines dispositions comme le Chapitre VI, Sections III et IV différencient des créanciers; d'autres fois, comme dans la considération du plan de redressement ("concordat"), il n'y existe aucune différenciation alors que les termes d'un tel plan pourraient comporter des intérêts importants pour les créanciers nantis. Ce manque d'uniformité donne des directives

inégales aux créanciers recherchant l'uniformité dans une loi afin de pouvoir comparer les différentes options.

- *la nécessité de restreindre le but social de l'apurement du passif à la distribution efficace des ressources* - Pour les raisons économiques énoncées dans la partie II *supra*, il est particulièrement important que Madagascar mette en place un régime d'apurement du passif qui soit concentré sur la destination rapide des capitaux. Les problèmes avec des aspects punitifs et même pénaux actuellement associés au processus d'apurement du passif ont été passés en revue *supra*. Le régime actuel semble impliquer le rôle des autorités pénales et administratives en dehors du tribunal, telle que le Ministère public, à des sujets devant le tribunal des faillites et même le syndic. Les articles 469 et 614 le suggèrent. Ce mélange des responsabilités pénales et civiles pour la réalisation d'objectifs publics généraux détourne simplement des ressources du but véritable de l'apurement du passif. Encore une fois, des questions pénales et sociales plus vastes relatives au comportement de débiteur sont mieux traités par des cadres fonctionnaires exécutants de la loi et des organisations d'assistance sociale plus à même de les traiter que les institutions telles que le syndic.

Les commentaires ci-dessus sont énoncés alors qu'on entre dans la cinquième décennie d'une loi malgache sur l'apurement du passif qui n'a pas aidé l'économie. Il est temps de réexaminer la loi actuelle sur l'apurement du passif, non seulement en fonction de sa capacité à inclure des idées modernes, mais fonction de sa capacité à rassembler ces idées dans le but de servir les besoins de l'économie malgache en général. Les remarques faites ci-dessus ne sont pas destinées à être exhaustives et toutes mériteraient d'être plus amplement développées. Cependant, on peut espérer qu'elles puissent guider l'examen critique et minutieux nécessaire, non seulement par des juristes, mais par les décideurs du gouvernement aussi bien que le secteur privé. Ce n'est que de cette façon que Madagascar pourra développer une réforme de loi sur l'apurement du passif dont les signes distinctifs deviennent une opération tournée vers le futur, rétroactive et avec un caractère détaillé dont l'économie toute entière puisse bénéficier.

**PLAN D'ACTION:**

**LA NATURE ET LA STRUCTURE D'UNE REFORME DE LA LOI SUR  
L'APUREMENT DU PASSIF POUR MADAGASCAR**

7 avril 2000

## I. SOMMAIRE

Depuis l'année dernière, le Comité de Réforme du Droit des Affaires a entrepris une révision complète de l'adéquation de la Loi actuelle sur l'Apurement du Passif et les Réglementations Judiciaires, sur le Redressement et l'Apurement du Passif et les Infractions en matière d'Apurement du Passif, promulguée en 1962. En réponse à des requêtes spécifiques, le Projet ARD/Checchi/ JURECO s'est servi des normes internationales pour produire le commentaire du 23 février sur le Projet de Loi portant Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif (ayant comme référence l'Avant-Projet du 10 janvier) et une analyse générale, datée du 28 Mars 2000, de l'importance de la Réforme sur l'Apurement du Passif et des principes-clés de la politique pour une réforme de loi sur l'Apurement du Passif.

Le CRDA a maintenant demandé une synthèse des deux rapports. Mais selon les indications du CRDA, cette synthèse devrait être de nature différente. Elle devrait se présenter sous la forme d'une action dirigée, d'une analyse orientée plutôt qu'un simple commentaire. Ce plan d'action représentait la mise en œuvre des principes-clés de la politique dans l'analyse du 28 mars. En vue d'accomplir une révision significative de l'Avant-Projet de Loi sur l'Apurement du Passif du 10 janvier, ce plan d'action donne une orientation spécifique sur le contenu d'un texte révisé et simplifié utilisable autant par des juges que par des hommes de loi et surtout par des entreprises qui sont les utilisateurs en fin de compte de toute loi sur l'Apurement du Passif.

Dans le but d'effectuer un rapide aperçu, ce plan d'action est conçu pour rendre une loi sur l'Apurement du Passif est simplifiée et utilisable pour :

- sa capacité d'informer toutes les parties dans les quatre premiers Articles sur pourquoi, où et comment enregistrer une demande d'Apurement du Passif ;
- sa capacité de communiquer aux créanciers en cinq articles succincts comment ils peuvent participer et ainsi comment ils ont à gagner dans le processus d'Apurement du Passif par leur participation ;
- capacité de pourvoir aux parties cherchant à déclarer faillite en cas de refus d'accès à l'appareil judiciaire ;
- sa capacité de fournir des instructions aux débiteurs comme aux créanciers dans les six premiers articles: comment ils peuvent initialement approcher l'appareil judiciaire pour déclarer faillite sans l'assistance d'un mandataire ni d'un comptable.

Qu'est-ce qui suscite une impulsion aussi populiste? La requête même d'une telle synthèse de la part du CRDA est significative. Elle semble refléter l'accord du CRDA avec le thème commun à chacune des deux communications d'ARD/Checchi/ JURECO jusqu'ici. Ce thème commun est que quatre principes-clés devraient marquer une réforme de la loi sur l'Apurement du Passif :

- la nécessité d'une loi sur l'Apurement du Passif qui augmente le nombre de voix économiques et réduit au minimum le nombre de voix administratives ;

- la nécessité de garantir une distribution des ressources qui soit plus efficace que punitive ;
- la nécessité de faciliter les calculs économiques en déterminant des normes concrètes pour chaque étape du processus d'Apurement du Passif ;
- la nécessité de restreindre le but social de l'Apurement du Passif à une distribution efficace des ressources.

Comme a été mis en évidence dans l'analyse du 23 février, l'Avant-Projet du 10 janvier ne semble pas avoir été établi avec la primauté de ces quatre principes en tête.

En même temps, il faut saluer l'effort de produire l'Avant-Projet du 10 janvier, incluant celui des conseillers de JURECO, qui met l'accent sur les normes locales en opposition aux normes internationales légales. La plupart des éléments de cette étude devraient, et nous en sommes convaincus, trouver leur place dans le régime juridique général de Madagascar. Mais la plupart ne relève pas d'une réforme de loi sur l'Apurement du Passif simplifié devant s'adresser directement à la communauté des affaires malgache.

Exprimé d'une façon plus claire, l'Avant-Projet du 10 janvier a admirablement réussi à soulever des questions inhérentes à l'Apurement du Passif qui devraient être adressées explicitement par certains textes juridiques. Mais à cause de leur complexité ou de leur manque de pertinence immédiate, plusieurs de ces questions ne devraient être adressées par une réforme juridique ayant comme mission première la distribution efficace du capital et par conséquent ayant comme caractéristique central l'utilité immédiate pour l'homme d'affaire malgache ou le créancier de niveau d'instruction moyen. En même temps, ce plan d'action n'a aucunement l'intention de renverser les bases structurelles ou institutionnelles du système malgache actuel. Tous les moyens nécessaires sont utilisés pour préserver la nature des mesures de redressement judiciaire de l'Apurement du Passif et la poursuites des droits des créanciers, qui visent aussi bien le redressement que la liquidation. Issa Sayegh, Introduction à l'OHADA en collaboration avec le Secrétariat de l'OHADA. Une évaluation de l'Avant-Projet du 10 Janvier sur le vif est comme suit:

- *Considérations normatives* : Elles incluent des questions telles que: quel est l'objectif de l'Apurement du Passif ? Comment le débiteur et le créancier peuvent-ils participer d'une façon significative dans la procédure? Est-ce que l'Apurement du Passif existe principalement pour les juges, les agents judiciaires ou pour favoriser le progrès économique de la société malgache dans son ensemble? Une dernière question est de savoir si la procédure d'Apurement du Passif devait être chargée de tout grief qu'un créancier a à l'encontre du débiteur, surtout des griefs qui ne sont pas inhérents aux défaillances économiques mais aux défaillances éthiques. Comme il sera mis en évidence, les lacunes de l'Avant-Projet du 10 janvier se situent surtout au niveau de cette question, pour ce qui est des intérêts de l'efficacité économique ;
- *Considérations structurelles*: Celles-ci incluent les diverses solutions générales aux problèmes d'insolvabilité, tels qu'un règlement préventif, le plan de redressement, le plan de liquidation, le cas de réhabilitation ou autres moyens. Elles incluent aussi les diverses institutions judiciaires existantes sous la tradition continentale en place afin d'apporter ces

solutions, par exemple le greffier et les agents judiciaires assermentés. Ici, l'Avant-Projet du 10 janvier est à son summum. On le répète: ce plan d'action pour un nouveau Projet de loi sur l'Apurement du Passif visant à supplanter l'Avant-Projet du 10 janvier n'a aucune l'intention ni de perturber ces solutions, ni d'altérer leurs moyens d'impacts en abolissant ou modifiant les principaux pouvoirs des officiers de l'appareil judiciaire traditionnel. De fait, il est souhaité que ce plan aille renforcer de telles institutions par le biais d'une consolidation de leurs liens avec les tendances commerciales modernes.

- *Considérations en matière de procédures:* Elles concernent le mécanisme plutôt que la politique de la procédure de l'Apurement du Passif. Ici, le rapport de l'Avant-Projet du 10 Janvier est partagé. Il beaucoup trop élaboré en ce qui concerne les procédés qui portent plus directement attention aux relations entre les parties dans le judiciaire tels que le juge et le greffier. Ceci a pour conséquence de distraire l'attention loin des questions économiques qui devraient être le souci exclusif de l'Apurement du Passif. D'autre part, l'Avant-Projet du 10 janvier est à l'occasion trop peu élaboré en ce qui concerne les éléments de procédure qui touchent directement et immédiatement l'homme d'affaires. Ceux-ci concernent les particularités d'une déclaration de faillite, la création d'un comité représentatif des créanciers et consorts.

Pris dans leur ensemble, les trois critères ci-dessus aboutissent à la conclusion d'un régime révisé pour les droits des créanciers sous forme de trois lois. La première est la loi sur l'Apurement du Passif qui a comme unique objectif la liquidation ou la réforme d'une firme exclusivement pour des raisons économiques plutôt que morales ou éthiques. La seconde est une loi sur les droits des créanciers et des transferts frauduleux fournissant aux créanciers particuliers un recours civil en cas d'infractions spécifiques aux obligations du débiteur. La troisième est une loi qui concerne la plupart des procédures judiciaires accompagnant l'Apurement du Passif qui pourtant concernent uniquement et indirectement les débiteurs et les créanciers. Il serait mieux de laisser cette troisième loi, ou une série d'articles relatifs à ces sujets, au Code de procédure civile, aux règles judiciaires ou à une loi séparée traitant exclusivement de l'Apurement du Passif. La loi suggérée est soumise à l'Apurement du Passif *infra* s'y réfère comme à une *Loi sur la Procédure d'Apurement du Passif* mais ne veut exprimer aucune préférence pour indiquer si elle devait être une loi séparée, une addition/annexe du Code de Procédure Civile ou des Réglementations du Tribunal. C'est aux spécialistes locaux de le déterminer.

En plus de maintenir l'attention d'une loi sur l'Apurement du Passif à l'économie politique plutôt que d'établir une politique de comportements du débiteur et des menus détails de la procédure judiciaire, cette présentation tripartite des lois offre un avantage supplémentaire de valeur incommensurable à la communauté des affaires malgache: la simplicité. Comme le sujet de ce plan d'action est l'Apurement du Passif, il mettra l'accent principalement sur la première et à un moindre degré sur la troisième de ces lois de réforme. Il discutera brièvement de la place d'une loi à part sur les transferts frauduleux

## II. STRUCTURE D'UNE REFORME DE LOI SUR L'APUREMENT DU PASSIF

### A. Du bon usage du texte présenté

Le texte d'Avant-Projet pour une loi de réforme de l'Apurement du Passif présenté dans la Partie II B *infra* pourrait apparaître comme un nouvel élément, sinon radicalement hors du BL ainsi que l'Avant-Projet du 10 janvier. Mais il n'apparaît comme tel que si l'on ne considère pas la manière dont la Loi de réforme sur l'Apurement du Passif proposée a été composée. De fait, le texte d'Avant-Projet présenté ci-dessous se caractérise par l'intersection entre les quatre principes-clés pour une Loi de réforme sur l'Apurement du Passif et la pratique malgache actuelle dans le domaine des affaires d'une part, et la tradition juridique malgache de l'autre. Ce n'est pas seulement que la politique économique pourrait dicter une détermination et que la tradition légale en dicterait une autre. Plutôt, c'est que la «tradition» actuelle en matière d'Apurement du Passif est juridique, et juridique seulement. De fait, le BL n'est pas utilisé dans la pratique des affaires. Et sans la pratique des affaires, il n'existe aucune tradition réelle à défendre dans le domaine du droit commercial.

Il ne s'agit pas de proposer que la communauté juridique de Madagascar abandonne le 'pedigree' juridique malgache en considérant une Loi de réforme sur l'Apurement du Passif. Après tout, d'autres lois commerciales, à commencer par le Code Civil malgache, sont très utiles à Madagascar. Cependant, on veut suggérer que Madagascar se penche en premier sur la manière dont une Loi sur l'Apurement du Passif peut fonctionner en tant qu'outil économique essentiel dans l'environnement économique actuel, sans quoi aucune tradition véritable ne pourrait se développer. Le fond doit avoir une prééminence sur la forme. Mais la forme ne peut être entièrement abandonnée.

C'est avec un tel équilibre en tête que l'Avant-Projet de la Loi sur l'Apurement du Passif ci-dessous a été produit. Une analyse de l'Avant-Projet du 10 janvier, selon ces principes, n'entraîne aucunement l'abandon de cet effort. Cependant, il entraîne à la remise en question des deux thèmes commençant par "p", la procédure et la punition, dans l'Avant-Projet du 10 janvier. La présentation du texte de l'Avant-Projet ci-dessous est le résultat de l'application d'un équilibre des intérêts pour l'économie politique et la tradition. Cet équilibre a soutenu la conclusion qu'une réforme de Loi sur l'Apurement du Passif est avancée de la manière la plus efficace en réduisant au minimum les aspects de procédures et pénaux de l'Avant-Projet du 10 janvier. Sinon, comme il sera démontré ci-dessous, l'Avant-Projet du 10 janvier s'est montré une ressource excellente comme base d'élaboration d'une loi plus simplifiée. Son impact fondamental sur l'Avant-Projet de Loi sur l'Apurement du Passif présenté dans la Partie II B pourrait être réduit à l'équation suivante :

Loi de réforme  
sur l'Apurement du Passif = Avant-Projet du 10 janvier - Considérations des Procédures - Caractéristiques Pénales  
(largement ébauche Articles 2, (largement le Titre V)  
8, 29 à 38, 52 à 66 bis, 78 à 90, 119 à 193, 200 à 202, 208 à 214, 215 à 225 )

S'agit-il de dire que les aspects de procédure et pénaux de l'Avant-Projet du 10 janvier devraient être abandonnés ? C'est à peine le cas. Au contraire, tel que discuté dans la partie II A *supra*, les aspects de procédure de l'Avant-Projet du 10 janvier sont le mieux représentés dans une loi

d'Apurement du Passif. De plus, comme nous le discuterons dans la partie III B supra, les aspects pénaux de l'Avant-Projet du 10 janvier ne sont pas mieux servis les cours civiles à travers une Loi sur les transferts frauduleux.

Les articles non pénaux substantiels de l'Avant-Projet du 10 janvier ont contribué d'une manière décisive dans l'élaboration de la Loi sur l'Apurement du Passif présentée ci-dessous. Des changements tels qu'ils sont effectués sont largement dans l'intérêt de la simplification et de la redéfinition des priorités afin d'accommoder d'intérêt espéré de la communauté des affaires locale. Il existe aussi des innovations salutaires dans l'Avant-Projet du 10 janvier, particulièrement celles inhérentes aux cas de réhabilitation, de redressement et du règlement préventif. L'Avant-Projet de Loi sur l'Apurement du Passif emprunte à celles-ci et d'une certaine manière étend l'impulsion de réforme.

En résumé, l'Avant-Projet du 10 janvier devrait d'emblée être mis de côté mais gardé à portée de mains. Le but est d'avoir un produit à la fois approfondi et utilisable sur le plan législatif.

## **B. Présentation de l'essentiel du Plan d'action**

Les analyses ci-dessous sont avant tout une élaboration constructive à partir des conseils donnés par ARD/Checchi/JURECO ainsi que par l'USAID à travers les rapports du 23 Février et du 28 Mars. Le terme *constructive* est utilisé dans la mesure où le rapport précédent est largement une réaction à l'Avant-Projet du 10 Janvier tandis que ce dernier expose certains concepts de base inhérents à l'Apurement du Passif. Dans la mesure du possible, une explication brève sera donnée avec un exposé du raisonnement soulignant la présentation d'un Article ou d'une série d'articles. De telles explications, de même que des références à des articles de l'Avant-Projet du 10 janvier et à d'autres autorités sont fournies dans la conclusion de chaque Titre avec les Articles suggérés. Ainsi, on cherche à préserver l'unité thématique de tous les Articles de chaque Titre. Par tous les moyens, l'Avant-Projet de Loi sur l'Apurement du Passif a l'intention d'utiliser l'Avant-Projet du 10 janvier comme une ressource mais il utilisera également les informations développées dans les commentaires du 23 février et du 28 mars.

Finalement, alors que plusieurs éléments de l'Avant-Projet du 10 janvier sont incorporés, l'organisation exposée ci-dessous essaie d'être dans un ordre séquentiel. C'est dans les intérêts de l'utilisateur final de la législation qui est apte à souhaiter de localiser les plus importants concepts et les étapes précédentes de la procédure d'Apurement du Passif au début de la législation.

Le plan d'action qui suit constitue le plan général du texte pour la réforme législative ayant pour titre *Loi sur l'Apurement du Passif* :

### TITRE I : OBJECTIF ET PORTEE DE L'APUREMENT DU PASSIF

**Article 1** : Cet Article doit faire de l'acquittement de toute ou partie des dettes du débiteur comme l'objectif de la déclaration de faillite, par le moyen:

(a) d'un plan de redressement avec ou sans liquidation comme dans le Titre IV ;

- (b) d'un plan de réhabilitation pour la continuité de l'entreprise avec ou sans liquidation comme dans le Titre V;

L'Article doit en plus identifier le débiteur ou *un groupe significatif de créanciers* en tant que parties qui peuvent influencer la déclaration de faillite. Le groupe significatif de créanciers peut être défini au moment de la déclaration en termes de :

- (a) montant monétaire absolu relatif à la capitalisation du débiteur ou à la taille de l'Actif déclaré publiquement ;  
(b) un certain nombre de créanciers garantis du débiteur.

**Article 2** : Cet Article doit établir un étroit éventail d'entités d'affaires qui ne sont pas qualifiés pour l'Apurement du Passif. Généralement, ceci devrait inclure des entités et monopoles quasi-gouvernementaux et des entités telles que les hôpitaux, les cliniques et autres soucis directement liés à la sécurité nationale ou à la santé.

**Article 3** : Cet Article devrait déterminer le type d'individu ou d'affaires qui est disqualifié de déclarer faillite en tant que créancier sous l'Article 1 *supra*. Au cœur de cet Article est la notion de proche personne, c'est-à-dire une entité d'affaires ayant des liens proches avec le débiteur pour qu'elle soit disqualifiée du statut officiel de créancier. Les personnes écartées du statut de créancier en vue de la déclaration de faillite peuvent être des individus ou des personnes morales qui ont ou avaient des liens de sang, de mariage ou d'adoption qui sont :

- (a) des employés, des cadres, des administrateurs ou directeurs du débiteur ;  
(b) des parties disposant de parts sociales directes ou indirectes ou des intérêts de partenariat avec le débiteur équivalant à ou excédant un certain pourcentage (par exemple 5 %);  
(c) des parties disposant d'options à travers un contrat managérial ou autres moyens d'acheter des intérêts dans les biens du débiteur équivalant à ou excédant un certain pourcentage (par exemple, 5 %) ;  
(d) les représentants, l'agent ou les employés de toute partie qui est un *proche* selon les critères de (a) à (c) ci-dessus.

L'article devrait clarifier qu'une disqualification pour être considéré comme un créancier pour des objectifs de déclaration de faillite ne constitue pas une disqualification pour être considéré comme un créancier.

**Article 4** : Cet Article détermine les quelques obligations qui ne sont pas sujettes à l'acquittement. Parmi les types d'obligations que la loi peut vouloir considérer comme n'étant pas sujets à l'acquittement sont :

- le paiement de la pension alimentaire de soutien pour enfant ;
- les sanctions liées à la perpétration d'un crime ;
- les taxes dues résultant d'une fraude ou d'une évasion fiscale prouvée ;

- certaines sommes dues résultant d'un verdict ou de résolutions dans des cas civils incluant sûrement certaines sommes dérivant d'une violation flagrante des obligations d'employeur ( par exemple: manquement aux obligations de payer des pensions, des plans d'assurance-maladie, etc....)

L'Article devrait préciser clairement que face à cette évidence, l'unique responsabilité du Tribunal des Faillites est d'informer la Cour Civile de ressort, les autorités d'application de la loi ou l'agence du bien-être social.

*Raisonnement du Titre I* : Dès le début, les affaires sont assurées du fait que le but de la procédure d'Apurement du Passif est économique et non pour des buts pénaux ni l'avancement des causes sociales. Ces brefs Articles initiaux exposent la raison de la politique prééminente de l'Apurement du Passif à savoir l'efficacité économique. Ils exposent aussi le peu de contraintes politiques publiques sur l'Apurement du Passif afin d'atteindre son but. Les Articles 2 et 4 suggérés le font sur deux niveaux respectivement du secteur économique et au niveau de la société. Finalement, l'Article 3 suggéré *supra* a un caractère préventif, non pénal dans sa nature, compatible avec le besoin d'une réforme de la loi sur l'Apurement du Passif qui met l'accent sur l'efficacité économique.

*Citations relatives au Titre I* : L'Article 1 suggéré assoit certaines de ses bases sur l'Article 53 et 204 de l'Avant-Projet du 10 Janvier ainsi que l'Article 607 du. BL. L'Article 3 suggéré est désigné comme une simple solution aux problèmes d'utilisation frauduleuse de la procédure d'Apurement du Passif aux finalités lointaines prohibées sous les Articles 228 à 229, 231 et 237 de l'Avant-Projet du 10 Janvier. Mais il a un caractère de nature préventive, non pénale. L'Article 4 suggéré trouve ses racines dans la politique publique générale comme il est en vigueur dans plusieurs juridictions et dans telles dispositions que les Articles 541 à 545 du BL.

## TITRE II : DECLARATION DE FAILLITE

**Article 5**: Cet Article doit exposer d'une manière précise comment et où un débiteur doit faire sa déclaration afin d'accomplir soit l'acquittement, soit la réorganisation significative de la société. En plus de préciser quelle est la juridiction du Tribunal des Faillites pour chaque région et la relation précise du Tribunal avec le débiteur (c'est-à-dire la Cour où le débiteur est domicilié ou a effectué une grande partie de ses affaires, etc.), l'Article devrait stipuler précisément quels documents sont à remettre au Tribunal afin d'accomplir sa déclaration. Ces documents ne devraient pas exiger que le débiteur engage un comptable ou avocat, mais devront être les plus simples possible et nécessitant seulement :

- le Bilan de Trésorerie ou son équivalent, effectif à partir soit de (i) la date de déclaration, soit de (ii) la date de cessation de paiement du débiteur écrit sur la reconnaissance de dettes ;
- des reconnaissances de dettes telles que le débiteur a soumises.

Finalement, cet Article devrait stipuler que le débiteur peut désigner au moment de la déclaration de faillite quel est le but de la déclaration: l'acquittement partiel ou total à travers le développement d'un plan de redressement ou d'un plan de réhabilitation.

**Article 6** : Cet Article devrait répéter les éléments de base de l'Article 5, mais en fait, il couvre une déclaration de faillite par un créancier ou groupe de créanciers plutôt que celui du débiteur. Vraisemblablement, la question sur le lieu où le créancier fait sa déclaration est régi soit par le lieu d'activités du débiteur ou le lieu de performances (c'est-à-dire où le débiteur devrait avoir payé ses dettes). Par documentations simples exigées du créancier on entend :

- des reconnaissances de dettes comme celles soumises par le créancier ;
- à la place de reconnaissances de dettes, une simple déclaration signée par le créancier ou les créanciers quant aux conditions provoquant l'endettement du débiteur et la défaillance du débiteur à s'acquitter de chaque prétendue obligation ;
- une déclaration à part signée si la déclaration est faite par un créancier qui a fait deux réclamations au débiteur pour paiement dû après l'endettement ou que ces dettes soient garanties par la loi, accompagnée d'une preuve écrite de garantie.

En plus de cette dernière exigence documentaire, qui impose une certaine limite pratique sur la déclaration en faillite du créancier, cet Article pouvait aussi contenir une limite légale de déclarations de faillite initiées par un créancier. Des considérations doivent être prises pour interdire la déclaration en faillite du créancier quand la somme en question est inférieure ou égale à (a) 5.000.000 Fmg ou (b) la moitié du montant exigé de la part du débiteur sur le capital déclaré, si la loi l'exige.

**Article 7** : Cet Article devrait stipuler qu'une partie a officiellement déclaré faillite à la date où le greffier a apposé le scellé sur les mêmes documents datés. L'Article devrait continuer en statuant que le greffier est tenu de fournir une copie de chaque document sous scellé à la partie déclarant en faillite, gratuitement. L'Article devrait stipuler que le greffier est obligatoirement tenu d'accepter tous les documents soumis par le débiteur ou le créancier pour la déclaration de faillite et de certifier par scellé qu'il les a reçus d'eux et sans avoir à payer de charges, imposées officiellement ou officieusement, en relation avec la déclaration de faillite. Cet Article devrait empêcher le greffier d'apposer un timbre à tout document sans l'apposer à tous les autres. Les seules raisons pour lesquelles le greffier doit refuser un enregistrement formel de documents sont :

- si les documents soient illisibles ou endommagés sur la face/le recto ;
- s'il manque des pages aux documents.

Cet Article vise à expliquer que les responsabilités du greffier sont purement ministérielles et non discrétionnaires, c'est-à-dire que le greffier n'a pas à porter de jugement quant à l'effet légal ou la contenu des documents enregistrés.

Cet Article conclura en statuant que l'appel au cas où le greffier aurait omis de cacheter les documents revient au Procureur de la République.

**Article 8** : Cet Article devrait stipuler qu'au moment de déclarer faillite et d'élaborer un plan de redressement avec une liquidation possible, il existe une suspension complète – ou une suspension d'exécution judiciaire contre les biens du débiteur par n'importe quel créancier ou groupe de créanciers en particulier. Une déclaration visant à accomplir un plan de redressement judiciaire devrait avoir le même effet.

**Article 9** : Cet Article devrait clarifier la relation entre la signification juridique de la déclaration et l'ouverture d'une procédure collective. Cet Article devrait exposer en détail et d'une manière concrète ce qu'une procédure d'*ouverture* apporte de plus aux droits et responsabilités des parties en matière juridique qui ne sont pas pourvus par une simple déclaration. Cet Article devrait aussi signaler si l'*ouverture* a une portée qui se limite à un arrangement et à une liquidation ou si celle-ci s'applique aussi à la formation de plans de redressement judiciaire.

*Raisonnement relatif au Titre II*: On le répète, il s'agit de formuler un Avant-Projet de loi dont les deux premières pages informent les débiteurs et les créanciers sur pourquoi, comment et où ont-ils commencé la procédure d'Apurement du Passif. Les exigences documentaires des Articles 5 et 6 suggérés ont été établies afin d'être les plus simples possibles. La raison la plus apparente est d'encourager le débiteur à déclarer faillite. La loi ne devrait pas imposer des exigences élaborées qui obligerait le débiteur à engager un avocat ou un comptable. La déclaration de faillite du créancier ne devrait en aucun cas être compliquée; les créanciers peuvent en fait ne disposer que de peu d'informations disponibles sur le débiteur, à cause du manque d'accès. Malgré tout, il devrait y avoir certaines limites aux déclarations des créanciers, en particulier celles faites par un seul créancier, afin d'éviter des déclarations frivoles et vindicatives. Comme dans l'Article 3 suggéré *supra*, l'accent de l'Article 6 suggéré est mis sur la prévention et non la punition dans les déclarations en faillite.

L'Article 7 suggéré vise à déclarer clairement quand un cas d'Apurement du Passif commence à avoir des objectifs juridiques. Cela veut dire en référence à un événement concret que l'homme d'affaires peut comprendre, comme l'apposition d'un scellé sur des dossiers, non en référence à une théorie légale comme le moment où quelque chose commence. A la fois le BL et l'Avant-Projet du 10 janvier ne sont pas clairs à ce sujet. Le reste de l'Article 7 suggéré n'a pas d'analogie dans le BL ni dans l'Avant-Projet du 10 janvier. Cependant, le potentiel de délai en poursuite de faillite, et par conséquent un délai dans l'efficacité économique, est immense, du fait de l'inaction administrative ou de l'inconduite. L'Article 7 suggéré cherche à enlever de telles barrières et de prévoir un recours en cas de complication. Il reflète une instance où une articulation des procédures est d'intérêt vital à l'homme d'affaires et devrait figurer dans le texte de loi substantiel sur l'Apurement du Passif. En accord avec la philosophie générale d'encourager les déclarations de faillite dans un but d'efficacité économique, l'Article 8 suggéré met l'accent sur la déclaration, non la défaillance du débiteur à payer, comme événement-clé déclenchant une suspension des actions du créancier contre le débiteur. L'Avant-Projet du 10 Janvier accède à cette idée, mais seulement tardivement à l'Article 75.1.

L'Article 9 suggéré est avant tout un appel à la clarté quant à l'importance d'une *ouverture* dans le cas d'une procédure collective. Les experts en matière de faillite à Madagascar ont besoin d'articuler clairement pourquoi une *ouverture* est importante et ce qu'elle apporte de plus à la protection des débiteurs et des créanciers qu'une simple déclaration ne pourvoit pas, étant donné la suspension pourvue par l'Article 8 suggéré. Là, avec l'Article 8 suggéré, il est nécessaire que la question de savoir quand quelque chose comme l'ouverture a un effet au niveau légal soit liée à une évidence physique, un dossier, la création d'un document, etc. Sans de telles évidences tangibles, l'homme d'affaires sera perdu dans le jargon légal. Si celui-ci est limité par des plans de redressement couplés avec une liquidation, l'Article 9 suggéré devrait alors le stipuler

clairement. L'Article 9 suggéré devrait stipuler en termes clairs qu'une *ouverture* marque le début de l'accord entre les créanciers pour un concordat de l'Actif en référence à l'Article 28 de l'Avant-Projet du 10 janvier. Si celle-ci a des implications au-delà de ce concordat, l'Article 9 suggéré devrait le préciser.

*Citations relatives au Titre II* : Les Articles 5 et 6 suggérés trouvent leur base dans l'Article 438 du BL concernant les documents requis. C'est une déclaration plus simple des documents que celui de l'Article 26 de l'Avant-Projet du 10 janvier. La référence de faire appel au Procureur dans l'Article 7 suggéré trouve sa base dans les Articles 486, 614 du BL. Si ce haut responsable du gouvernement peut intervenir dans les cas de complication avec le développement d'un plan de réhabilitation, sûrement que ce haut responsable devrait intervenir en faveur de la partie cherchant un acquittement à travers des poursuites de faillite.

L'Article 8 suggéré vise à mettre en exergue comme première conséquence de la déclaration en faillite la protection des biens du débiteur plutôt que la cessation de paiement du débiteur ou l'administration des biens du débiteur par le Syndic. Aussi importantes que ces caractéristiques puissent être, elles sont d'une importance secondaire pour l'objectif global de la protection du débiteur et sont effectivement des conséquences secondaires de la Cour de protection des biens du débiteur. Dans ce sens, l'Article 8 suggéré vise à remplacer les dispositions telles que les Articles 27, 33, 331 et 52 à 65 de l'Avant-Projet du 10 janvier. Finalement, l'Article 8 suggéré communique à l'opérateur économique une idée-clé sur l'Apurement du Passif qui n'était pas clairement discutée dans l'Avant-Projet du 10 janvier jusqu'à l'Article 75.1. L'idée est de protéger le débiteur des créanciers à travers l'Apurement du Passif. Quant à l'Article 9 suggéré, il y a une nécessité évidente de couvrir la signification centrale d'une *ouverture* et concrètement le moment où elle survient. L'Article 9 suggéré devrait donc s'occuper de la plupart, sinon de tous les points substantiels et importants stipulés dans les Articles 28 à 38 de l'Avant-Projet du 10 janvier.

### TITRE III : DROITS ET PARTICIPATION DES CREANCIERS

**Article 10** : Cet Article devrait clarifier comment un créancier atteste son statut de créancier, le Tribunal dirigera la diffusion de l'*ouverture* et communiquera clairement à tous les créanciers la nécessité de déclarer faillite dans une période de soixante (60) jours suivant la publication. L'Article devrait exprimer clairement que tous les ordres de créanciers seront clos à l'expiration de cette période de soixante (60) jours, sauf dans les cas de circonstances extraordinaires suivants :

- une fraude délibérée ou tromperie par le débiteur au cours de la période de soixante (60) jours dans des circonstances telles que le créancier ne pouvait pas avoir d'avis réel de la déclaration en faillite ou de *l'ouverture* ;
- le créancier a une plainte non sujette à acquittement selon l'Article 4.

**Article 11** : Cet Article traitera de la question cruciale de savoir pourquoi et comment différents ordres de créanciers sont formés. Cet Article pourvoira que :

- les créanciers ayant le statut de créanciers garantis par la loi formeront un seul ordre ;

- les créanciers autres que les créanciers garantis peuvent former plus d'un ordre et ils ont le droit d'être reconnus comme ordres séparés pourvu que : (i) les deux-tiers du total de tels créanciers chirographaires approuvent la division en plus d'un ordre ; (ii) il y ait une base économique de telle division, comme il est mis en évidence par des créanciers chirographaires ayant des réclamations basées sur les résultats de certains aspects des activités du débiteur ou comme il est mis en évidence par des créanciers chirographaires ayant des plaintes contre le débiteur qui se présenteront en même temps, et (iii) aucun créancier chirographaire ou ordre de créanciers, représentant au moins le tiers de la valeur du montant total des requêtes non garanties, présente un cas où une telle division portera excessivement atteinte à n'importe quel ordre de créanciers. L'Article pourvoira que le Tribunal des Faillites révisera les critères (ii) et, dans l'événement du défi dans (iii), entendra les mérites de l'affaire.

Enfin, l'Article pourvoira que quel que soit la détermination du Tribunal des Faillites sur la question d'une division des ordres parmi les créanciers chirographaires, une telle détermination devra être interjeté en appel au Tribunal du Commerce. Un tel Appel peut inclure un Appel de n'importe quelle détermination effectuée par l'ordre des créanciers chirographaires défiés ou n'importe lequel de leurs représentants par le Syndic. L'Article conclura que tel Appel ne reportera en aucune manière la continuation des poursuites de faillite, la création du Syndic ou autres traitements ordinaires dans le cas d'Apurement du Passif.

**Article 12** : Cet Article devrait aborder particulièrement la formation et les pouvoirs du Syndic. Cet Article devrait énoncer que le ou les Syndics devront être formés par le Tribunal dans une période de trente (30) jours à partir de la clôture des ordres des créanciers stipulés en Article 10. Le nombre de Syndics devra être déterminé par le nombre des ordres de créanciers établis dans l'Article 11. Cet Article stipulera que les Syndics devront partager les responsabilités sur toutes les questions, excepté le soin et le maintien de la propriété garantie, qui seront la responsabilité principale du Syndic représentant les créanciers tenant telle propriété comme garantie. L'Article parlera des responsabilités générales du Syndic comme suit :

- l'administration générale des biens du débiteur, incluant mais non limitée au contrôle de la valeur des mêmes biens ;
- la préservation des biens au bénéfice de tous les créanciers et du débiteur ;
- la représentation des intérêts des créanciers dans l'élaboration du plan de redressement et du plan de réhabilitation qu'ils soient formulés ou proposés par le débiteur ou les créanciers ;
- la séquestration des propriétés du débiteur comme il est nécessaire pour protéger la condition physique des mêmes propriétés ou de les obtenir des créanciers ;
- traiter et reconnaître les plaintes du créancier après la clôture des ordres de créanciers selon l'Article 10.

L'Article pourvoira que les litiges parmi les Syndics devront être résolus suivant l'Article 13. L'Article stipulera que tous les Syndics devront être tenus par des normes de diligence et de

fidélité à une juste administration des intérêts des débiteurs et des créanciers conformément à la loi, y compris au droit commun.

**Article 13** : Cet Article pourvoira l'initiation et la résolution des litiges parmi les créanciers et entre les créanciers ou le débiteur et le Syndic ou entre les Syndics. Il devrait stipuler que de telles actions judiciaires pourront être initiées en l'absence de la partie en intérêt. Il devrait stipuler plus loin qu'une action légale initiée par ou contre un ordre de créanciers consiste en une action légale initiée par ou contre le Syndic comme étant leur représentant. L'Article stipulera que le Tribunal des Faillites entendra la poursuite pourvu qu'elle soit basée sur une obligation imposée par la loi sur l'Apurement du passif. L'Article pourvoira aussi que de telles décisions aussi bien que toutes les actions prises par le Tribunal des Faillites, devront être soumises à un Appel au Tribunal de Commerce.

Cet Article devrait continuer en pourvoyant que le Tribunal des Faillites soit dans l'obligation de référer au Tribunal de Commerce toute action légale possible qui ne fait pas l'objet de faillite, mais néanmoins relative aux droits du créancier contre le débiteur ou n'importe quelle question s'y référant, incluant mais pas limitée aux transferts frauduleux brièvement discutés dans la Partie III B *infra*. L'Article expliquera que bien que le Tribunal des Faillites ait cette responsabilité, rien dans cet Article ne pourra être interprété de manière à compromettre l'arrêt des poursuites contre le débiteur exposé en Article 8.

**Article 14** : Cet Article déterminera les conditions pour un transfert invalide de propriété par le débiteur après avoir déclaré faillite. Des transferts sont invalides :

- (1) s'ils sont effectués mais non approuvés par le Tribunal des Faillites ultérieur à la déclaration de faillite et précédant l'opération du Syndic;
- (2) s'ils sont faits et non approuvés par le Syndic après la formation du Syndic selon l'Articles 12 ;
- (3) s'ils sont faits avant ou après la déclaration en faillite, si de tels transferts sont effectués :
  - du débiteur à une proche personne du débiteur tel qu'il est défini en Article 3 ;
  - à tout moment inclus dans les quatre-vingt-dix (90) jours de la déclaration en faillite par n'importe quelle partie ou ultérieur à celle-ci ;
  - non en échange d'une valeur contemporaine – c'est-à-dire que les transferts n'ont pas de contrepartie de valeur donnée par une proche personne au moment du transfert.

L'Article 14 devrait donc stipuler que le Tribunal des Faillites dispose d'une autorité judiciaire totale pour effectuer la reprise de possession par les créanciers à travers leurs Syndics, et il est obligé de l'exercer, des mesures qui incluront mais ne se limiteront pas au gage, à la fixation et à la saisie-arrêt, au gel des comptes bancaires et à tous les autres moyens de reprise de possession.

**Article 15** : Cet Article devrait se soucier de l'état du droit de gage sur les biens du débiteur et devrait stipuler qu'au moment de déclarer faillite, un droit de gage est imposé au nom des biens

du débiteur en banqueroute sur tous les actifs du débiteur soumis aux intérêts de garantie selon la loi. Ce droit de gage devra être exclusivement exercé en faveur des créanciers en *masse* qui en ont été accrédités par l'Article 10. L'Article déclarera plus loin que ce droit de gage détient un statut de priorité supérieure à tous les autres droits de gage tenus par les créanciers du débiteur et que le Syndic est obligé de l'exercer en cas de tentative d'un créancier garanti d'exercer ces droits contre le débiteur.

Cet Article devrait conclure que l'existence du droit de gage qu'il contient ne devrait pas être interprétée de façon à donner à n'importe quel créancier particulier un droit individuel dont le créancier ne disposerait pas autrement.

**Article 16 :** Cet Article traitera des réclamations spéciales accomplies par certains créanciers. Particulièrement, il traitera des réclamations déposées par des bailleurs et des commerçants. Quant aux bailleurs, cet Article exposera comment les bailleurs peuvent réclamer la possession et l'utilisation de la propriété louée au débiteur qui est soumis à la déclaration en faillite. L'Article stipulera que le preneur peut soumettre une preuve pour garder la possession pourvu que le preneur ou les parties soutenant le plan de cession ou de redressement puissent convaincre le Tribunal présidant l'audience de la banqueroute que :

- le maintien du bail est essentiel à la continuation des affaires que le preneur dispose selon le plan de cession ou de redressement ;
- le preneur est capable d'effectuer des paiements sur le bail,

Autrement, l'Article devrait prévoir que le Tribunal en trouvera pour le bailleur.

L'Article continuera donc brièvement à traiter les requêtes du commerçant. Le travail fini ou en cours qui n'est pas encore livré au débiteur peut être tenu et revendu par les commerçants soumis aux normes de la nature raisonnable du commerce en droit commun.

*Raisonnement relatif au Titre III :* Rien dans l'Avant-Projet du 10 janvier, y compris l'ébauche d'Article 78, ne pourvoit d'indication claire quant à qui dirige la publication aux créanciers ou au moment où la formation des ordres de créanciers est officiellement close. Encore, ce sont des idées-clés pour la communauté des affaires. L'Article 10 suggéré vise à atteindre ces objectifs.

L'Article 11 suggéré, tout comme l'Article 7 suggéré, sur la déclaration en faillite et le greffier, ne contient aucune analogie dans le BL ou dans l'Avant-Projet du 10 janvier. Pourtant, plusieurs parties de l'Avant-Projet du 10 janvier, en particulier celles mentionnant les diverses réclamations des créanciers selon l'ébauche des Articles 121 et 125, prévoient différentes distributions sur la liquidation dépendant de la nature de la réclamation du créancier. Il est temps pour une loi de réforme sur l'Apurement du Passif de reconnaître que l'élaboration de plans de cession et de redressement sont des exercices de pouvoir politique et économique. Une loi de réforme peut s'accommoder de cette réalité et rendre ces plans ordonnés et transparents. L'Article 11 suggéré augmentera donc la confiance d'une communauté des affaires plutôt cynique et sceptique et augmentera la possibilité de la participation du créancier en conciliant les intérêts communs aux créanciers similaires.

L'Article 12 suggéré sur le Syndic est essentiel. La répartition des responsabilités du Syndic est largement un résumé compact à partir des parties diverses et éparpillées du texte du 10 janvier . Cette déclaration plus claire et plus simple sur les principaux pouvoirs du Syndic relève des intérêts de tous les ayants-droit, y compris la communauté des affaires. L'Avant-Projet du 10 janvier fait des références continues au Syndic mais ne mentionne nulle part un exposé clair du concept central (par exemple, parmi les premiers Articles de l'Avant-Projet du 10 janvier, l'Article 33.1 est celui qui mentionne le Syndic, mais le rôle central du Syndic n'est stipulé qu'à l'Article 72). L'apport supplémentaire de l'Article 12 suggéré est l'élaboration d'une situation dans laquelle plus d'un Syndic est nommé. L'Article 12 suggéré vise à donner des instructions directes au Tribunal quant à la question politique sensible de multiples Syndics et aux raisons précises de leur nomination, étant liés à l'existence de multiples ordres de créanciers. Par contre, les Articles 35 et 42 de l'Avant-Projet du 10 janvier n'apportent aucune orientation sur ce que devrait être une question essentielle des droits et de la participation des créanciers dans la procédure d'Apurement du Passif. De plus, l'Article 12 suggéré diffère de l'Avant-Projet du 10 janvier en indiquant le moment où le Syndic commence à fonctionner ; l'Article 72 de l'Avant-Projet du 10 janvier implique simplement que le Syndic commencera ses activités après l'ouverture sans préciser exactement quand. Afin d'assurer que les créanciers participent dans le processus de l'Apurement du Passif, il est nécessaire d'assurer que les créanciers soient représentés par le Syndic ainsi que de mentionner le moment où le Syndic commence ses activités. L'Article 12 suggéré est une amélioration nette à ces égards.

L'objectif de l'Article 13 suggéré est de couvrir toutes les configurations possibles de litiges parmi les parties en banqueroute mais les actions légales contre le débiteur sont soumises à une suspension judiciaire d'après l'Article 8 suggéré. Il est pourtant important de noter que le rôle du Tribunal des Faillites est restreint aux litiges selon les éléments de cette Loi sur l'Apurement du Passif. C'est pour éviter la confusion et les conflits d'intérêts. En accord avec plusieurs Articles de l'Avant-Projet du 10 Janvier, tel que l'Article 129, l'Appel à un Tribunal autre que le Tribunal des Faillites immédiat est prévu.

L'Article 14 suggéré en (i) et (ii) simplifie uniquement l'ébauche des Articles 67 à 71 de l'Avant-Projet du 10 janvier qui sont extrêmement compliqués. Dans de tels Articles, la remise en question des transferts effectués par le débiteur dépend des subtilités légales telles que la nature des biens, le moment du transfert, la modalité de paiement ou de transfert et parfois la relation entre ces trois facteurs. Cela est bien trop déconcertant pour le débiteur qui a besoin d'orientation sur la manière dont l'entreprise devrait être menée. L'Article 14 (i) à (ii) suggéré prévoit les normes simples indispensables.

L'Article 14 (iii) se soucie de la question politique compliquée du traitement des transferts faits par le débiteur avant sa participation à la faillite. C'est un compromis entre le modèle Continental de faillite et le modèle américain. Comme l'expliquent les Articles 67 à 71 de l'Avant-Projet du 10 janvier, certains transferts faits après la cessation de paiement du débiteur peuvent être invalides. Dans les Articles 228 et 231 à 233 de l'Avant-Projet du 10 janvier, il existe aussi un Appel à invalider les transferts à certaines entités ou dans certains contextes comme exemples de *banqueroute* simple ou frauduleuse. Le problème avec cette approche se situe en deux volets. D'abord, elle se penche excessivement sur les facteurs tels que l'intention et la punition de conduite. Ensuite, elle se repose largement sur l'événement de cessation de paiements du débiteur. Mais comme il est indiqué dans le commentaire du 28 mars et dans le

Raisonnement relatif au Titre IV, une telle défaillance peut avoir plusieurs raisons, aucune d'elles n'étant relative à la condition financière globale du débiteur. Au contraire, l'approche américaine ne se penche pas sur la cessation de paiement mais sur l'événement neutre et en vigueur sur le plan juridique de la déclaration en faillite. L'approche est préventive, non punitive. Sans faire attention à l'intention du débiteur, elle admet que certains transferts soient soumis à contestation par le Syndic de faillite s'ils sont faits sous certaines circonstances avant la déclaration de faillite. Le but est d'empêcher le débiteur de manipuler la déclaration de faillite en effectuant des transferts contestables à des 'copains' d'affaires au détriment du droit global des créanciers. L'Article 14 proposé atteint la finalité de l'approche Continentale, l'élimination des transferts douteux, à travers un moyen de prévention plus américain, non de punition.

L'Article 15 proposé clarifie plusieurs aspects du statut supérieur du droit de gage indiqués aux Articles 74 et 135 de l'Avant-Projet du 10 janvier. Il s'applique aussi bien aux biens personnels qu'aux biens immobiliers. Sa couverture est aussi limitée au nom des créanciers accrédités sous l'Article 10. Plus loin, le droit supérieur de gage est destiné à être passif, il n'est pas destiné à mettre tous les créanciers accrédités sur la même position dans l'exercice de leur droit individuel contre le collatéral. Il informe plutôt directement chaque créancier accrédité garanti en mentionnant que l'application des droits de chacun est valable en dehors du contexte des mesures globales de faillite. Dans ce sens, il renforce la suspension des mesures citées dans l'Article 8.

L'Article 16 suggéré sur les réclamations de certains créanciers vise à simplifier l'actuel Avant-Projet du 10 janvier. Ce Projet reconnaît les réclamations contre le débiteur en vertu du statut familial ou d'emploi, en particulier les réclamations de salaires. Pourtant, toutes les deux sont traitées par l'un ou l'autre à condition que telles réclamations ne fassent pas l'objet d'un acquittement, comme déterminé par l'Article 4 *supra*, ou dispose d'un statut prioritaire en vertu de l'Article 22 suggéré *infra*. Le texte de cet Article suggéré essaie de concilier les besoins spéciaux des commerçants et ceux des bailleurs, comme l'a fait l'Avant-Projet du 10 janvier. La différence est que cet Article 14 suggéré traite des réclamations des parties à partir des intérêts suprêmes de l'efficacité économique : qui est le mieux placé pour traiter des Actifs des propriétés ou des marchandises commandées, le débiteur d'une part ou le bailleur ou les commerçants d'autre part ? En revanche, les Articles 97 à 111 de l'Avant-Projet du 10 janvier traitent des distinctions au niveau légal telles que l'annulation du bail et des subtilités de la restitution des biens. Celles-ci sont moins présentes de la réalité commerciale moderne et moins compréhensibles aux opérateurs économiques.

*Citations inhérentes au Titre III* : L'Article 78 de l'Avant-Projet du 10 janvier fournit la plupart des bases de réflexion sur l'Article 10 suggéré. Le Droit d'Appel de l'Article 11 suggéré se base sur l'Article 216 à 225 de l'Avant-Projet du 10 janvier qui parle de l'appel.

Quant à l'Article 12 suggéré, diverses responsabilités articulées du Syndic ont leur base dans les Articles suivants de l'Avant-Projet du 10 janvier : l'administration générale des biens du débiteur (Ebauche des Articles 48, 49 et 63), la préservation des biens du débiteur (Article 52 bis et 54), la représentation des intérêts des créanciers dans l'élaboration d'un plan (Articles 52, 119, 131 à 132 et 137.1), la séquestration des biens (Articles 59 à 62), et puis le traitement et la reconnaissance des réclamations du créancier (pareil aux Articles 79, 80 et 84). L'Article 12 suggéré exige que le Syndic soit impliqué dans l'estimation des biens et de la comptabilité. Etant donné les normes de responsabilités imposées au Syndic, il n'y a pas de raison qu'un tel corps ne

puisse pas assumer la responsabilité de la comptabilité, permettant ainsi d'éviter la séparation du bureau du contrôleur déterminé par les Article 48 et 49 de l'Avant-Projet du 10 Janvier.

L'Article 15 suggéré étend les concepts utilisés dans les Articles 178 et 204 de l'Avant-Projet du 10 janvier mais les applique à tous les types de biens, aussi bien personnels qu'immobiliers. L'Article 16 suggéré sur les demandes spéciales qui pouvaient être effectuées contre le débiteur, est traité soit par cet Article proposé, l'Article 4 suggéré sur l'acquittement *supra* soit par l'Article 22 suggéré *infra*. Dans leur ensemble, ces articles suggérés permettent de se passer des conflits possibles entre le débiteur et les autres parties soulevés par les Articles 91 à 111 de l'Avant-Projet du 10 janvier.

#### TITRE IV : PLAN DE REDRESSEMENT

**Article 17** : Cet Article devrait déterminer qu'un plan de redressement peut être développé entre le débiteur et un ordre de créanciers quand le débiteur est en cessation de paiement. Le plan de redressement peut traiter ou non de la liquidation. Cet Article déclarera que le but d'un acquittement total ou partiel à travers une liquidation totale ou partielle tel qu'il est mentionné en Article 1 pourra être atteint à travers un plan de redressement entrepris par le débiteur, les créanciers ou les deux qui déterminent :

- le remboursement de la totalité ou partie des dettes par liquidation ;
- la continuation de toute ou partie de la société en question par le débiteur sous la direction du Syndic ou des créanciers comme il est stipulé ;
- l'ampleur de la dette soumise à acquittement.

**Article 18** : Cet Article discutera des contenus et de l'exécution du plan de redressement. Il stipulera qu'un plan de redressement n'aura pas de conditions requises et sera le produit d'un échange franc parmi les créanciers et entre le débiteur et les créanciers ou les ordres de créanciers. Le ou les Syndics administreront l'exécution de n'importe quel plan. L'Article stipulera plus loin que le plan peut, mais n'a pas besoin d'inclure le transfert ou l'assignation de n'importe lequel des biens du débiteur à n'importe quelle partie, incluant mais non limitée au créancier ou à l'ordre de créanciers ou au Syndic. L'Article mentionnera deux mécanismes pour assurer que l'attribution des biens du débiteur, dans tout plan de redressement, soit juste et équitable d'elle-même :

- l'utilisation d'une procédure de vente aux enchères publiques autant que possible;
- l'analyse en profondeur par le Tribunal des Faillites des termes de tout plan de redressement incluant les transferts proposés ou les assignations à toute proche personne du débiteur, du créancier ou du Syndic, avec, à la charge de toute partie contestant telle assignation ou tel transfert, le devoir d'établir qu'il y a auto-traitement par le débiteur ou le créancier comme le prouve un manque substantiel de conformité des termes *transfert* ou *assignation* quand on se

réfère aux termes en comparaison avec ceux utilisés dans une transaction de marché, entre parties traitant dans les "conditions normales".

**Article 19 :** Cet Article stipulera que, soit les débiteurs, les créanciers ou groupe de créanciers, par ordre de créanciers ou autres, soit n'importe laquelle de ces parties agissant ensemble, puissent formuler et présenter un plan de redressement avec ou sans liquidation. L'Article stipulera qu'un tel plan devait être approuvé par le débiteur, le Tribunal des Faillites et une majorité de deux-tiers des créanciers de chaque ordre et soumis au ou aux Syndics dans les quatre vingt dix (90) jours à partir de la clôture de formation des ordres de créanciers selon l'Article 10. Chaque créancier disposera d'un nombre de votes selon la proportion entre la réclamation d'un créancier et la somme totale de réclamations autorisées exceptionnellement pour cet ordre de créanciers accrédités, jusqu'à la date de clôture de la formation de l'ordre en vertu de l'Article 10. Dans le cas où on n'aboutirait pas à un accord aux termes d'un plan dans cette période de quatre-vingt-dix (90) jours, le ou les Syndics disposeront d'une période supplémentaire de soixante (60) jours après l'expiration des quatre-vingt-dix (90) jours pour formuler un plan de redressement. Pendant cette période de soixante (60) jours, chaque Syndic représentera le Syndic de l'ordre de créanciers en développant un plan mutuellement acceptable. Cet Article obligera les Syndics à soumettre un plan approuvé auprès du greffier qui sera obligé de l'enregistrer immédiatement. L'Article conclura en mentionnant que dans le cas où aucun plan ne serait formulé dans cette période, le ou les Syndics et le Tribunal des Faillites coopéreront afin d'accomplir une liquidation prompte et ordonnée des biens d'un tel débiteur selon les nécessités pour:

- satisfaire les priorités du créancier déterminées dans l'Article 22 ;
- arriver au moins à acquitter partiellement le débiteur par ce faire ; et
- dans la mesure du possible, permettre que l'entreprise du débiteur continue de fonctionner.

**Article 20 :** Cet article ajoutera que nonobstant les dispositions de l'article 19, ni le Tribunal des Faillites ni le débiteur n'ont besoin que le plan de redressement soit approuvé, à condition:

1. qu'il ait été préparé directement par les créanciers sous les auspices des syndics, agissant dans sa capacité en vertu de l'article 19 ;
2. que le plan obtienne (i) l'approbation aux trois-quarts au sein de chaque ordre de créanciers et (ii) trois quarts au sein de l'ordre de créanciers privilégiés, quant à ces aspects du plan qui :  
(a) placent les créanciers chirographaires dans une meilleure position relativement aux créanciers privilégiés qu'ils n'auraient été sans le plan; et (b) exige la liquidation de la propriété dans laquelle les créanciers privilégiés détiennent leur intérêt de sécurité ;
3. que rien dans du plan de redressement ne soit en violation de la loi malgache ;
4. qu'il n'y ait aucune évidence directe et contraignante de connivence inexacte ou de fraude dans la préparation du plan de redressement telle, si le cas était, qu'elle nuirait de façon flagrante et permanente au débiteur.

Cet article stipulera que dans les cinq (5) jours suivant l'adoption par les créanciers, le syndic ou les syndics en soumettront de même auprès du Tribunal des Faillites. Cet article continuera en

mentionnant que le Tribunal des Faillites et le débiteur seront les seuls autorisés à contester le plan et seulement en raison de l'illégalité sous l'alinéa 3 ou de la connivence ou de la fraude ayant l'effet déterminé dans l'alinéa 4 *supra*.

**Article 21** : Cet article stipulera la manière dont le Tribunal des Faillites ou le débiteur peut contester un plan de redressement en vertu de l'article 20. Il sera demandé au débiteur et au Tribunal des Faillites qu'ils contestent le plan par une déposition au Tribunal du Commerce dans les dix (10) jours à partir de la soumission du plan auprès du Tribunal des Faillites. L'article continuera en mentionnant que le rapport écrit stipule les faits ou les lois donnant des raisons pour lesquelles le tribunal infirme le plan de redressement. L'article obligera le Tribunal du Commerce à prendre une détermination dans les soixante (60) jours à partir de la soumission et stipulera expressément que si le Tribunal du Commerce ne rend aucune conclusion dans cette période, le plan de redressement est valide. Au cas où le Tribunal du Commerce infirme le plan, le Tribunal des Faillites et les créanciers seraient obligés de faire une liquidation ordonnée et promptement conformément à l'article 19 *supra*.

**Article 22**: Dans cet article il sera question des priorités du créancier dans la liquidation, soit conformément au plan de redressement, soit du fait de n'avoir pu trouver un accord sur un plan de redressement. (Cet article pourrait d'une manière concise stipuler la liste brute des priorités comme elles sont données en Articles 166 et 167 de l'Avant-Projet du 10 Janvier. L'article devrait, cependant, donner une sérieuse considération à l'identification explicite des réclamations qui ne sont pas sujettes à l'acquittement comme déterminé en article 4.

**Article 23** : Cet article déterminera avec précision le moment où le débiteur est acquitté dans la faillite en raison du plan de redressement, avec ou sans liquidation. Cet article stipulera que le Tribunal des Faillites émettra une décision finale et exécutoire d'acquittement dès l'approbation du plan conformément à l'article 19 ou, au cas où on n'aurait pu obtenir l'approbation du plan au moment de la liquidation finale et du paiement aux créanciers comme l'a prévue les articles 19 et 21. Cet article prévoira que le paiement final aux créanciers sera effectué dès le transfert d'argent à partir de la liquidation ou autrement : (i) à la partie désignée par le plan ; ou (ii) en l'absence d'un plan, à la partie autorisée par le Tribunal des Faillites à les recevoir dans le but de payer les créanciers. Le Tribunal du Commerce développera une déclaration uniforme intitulée "L'Acquittement en Faillite" à déposer au Tribunal des Faillites et que le greffier doit enregistrer immédiatement dès le paiement final.

*Raisonnement pour le Titre IV* : L'objectif du Titre dans son ensemble est de fournir un maximum de souplesse de la part des créanciers et des débiteurs au cas où les circonstances financières du débiteur auraient un effet direct, défavorable et concret sur des créanciers.

En résumé, comme l'article 52 l'Avant-Projet du 10 janvier, le Titre IV stipulera qu'un accord ou une résolution sans approbation mais avec liquidation sont les deux alternatives. Conformément à l'accord volontaire maximum parmi les parties, l'article 17 suggéré prévoit expressément la possibilité qu'un accord volontaire soit avec ou sans liquidation. Les articles 52 et 119 à 130 de l'Avant-Projet du 10 Janvier proposé, mais sans l'exprimer directement, que le débiteur a le choix entre la faillite avec liquidation et le plan de redressement des obligations du débiteur par

un plan qui peut ou peut ne pas inclure une liquidation. Comme la direction politique de l'Avant-Projet du 10 Janvier est de loin préférable à celle du BL sur ce point, une explication s'impose. L'article 17 suggéré le stipule. Il existe un autre point important. Une différence importante entre l'article 17 proposé et, à la fois, le BL et l'Avant-Projet du 10 janvier se trouve les événements provoquant ces possibilités. Le BL et l'Avant-Projet du 10 janvier insistent beaucoup sur la cessation de paiements du débiteur comme étant un événement provoquant le besoin d'un plan caractérisé par la liquidation. L'article 17 suggéré adhère à une philosophie légèrement différente. Plutôt que de se fixer sur l'incapacité à payer, l'article 17 suggéré laisse le débiteur ou les créanciers décider de la manière de procéder – soit par un plan de redressement avec liquidation totale, soit par un plan de redressement avec liquidation partielle ou sans liquidation permettant au débiteur de continuer ses affaires. Ce dernier semble être plus raisonnable du point de vue économique. L'article 25 de l'Avant-Projet du 10 janvier a déterminé ce qui apparaît comme norme de comptabilité indiquant au débiteur à quel moment déclarer faillite comme une question d'obligation légale. Dans ce sens, l'Avant-Projet du 10 janvier offre une certaine amélioration par rapport à l'article 437 du BL, qui se concentre simplement sur le fait du non-paiement et ne distingue pas entre l'incapacité et la réticence à payer. Cependant la norme pour incapacité de payer citée dans l'ébauche d'article 25 de l'Avant-Projet du 10 Janvier est discutable du point de vue politique et pratique, comme :

- dans des entreprises sensibles à l'inventaire et la liquidité, la capacité de mettre en référence la dette courante contre la liquidité disponible peut être difficile ;
- même si un tel calcul est possible, les mesures de " trésorerie " disent seulement une partie de l'histoire de liquidité d'une société ;
- le centre d'intérêt est sur le commerce à court terme relié à la dette, mais Madagascar dans un proche avenir espère le compléter avec un prêt à long terme accéléré et fournir ainsi un profil de dette différent pour plusieurs entreprises (Etude de Pays de la Banque Mondiale : Madagascar, Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement, 1993, pp. 152, 154 à 155).

Pour illustrer, il suffit des deux exemples suivants :

- **Hypothèse #1** : Un débiteur est un détaillant qui a réussi pendant une haute saison des affaires le dont un cycle est trimestre de l'année très profitable, et les trois autres cycles dédiés à l'accumulation de l'inventaire et des dettes pour le financer.

- **Hypothèse #2** : Un débiteur gère ses comptes sur la base des comptes de régularisation du passif plutôt que la liquidité, il essaie d'obtenir un crédit auprès des banques offrant les effets à recevoir comme garantis et possédant un excellent historique du critère basé sur la capacité du débiteur à solder les paiements des emprunts aux paiements à long terme des effets à recevoir.

Ces deux **hypothèses** illustrent des cas d'entreprises réussies qui, discutablement, doivent cependant déclarer faillite. Cela tient à ce qu'à tout moment, ils pourraient se trouver dans le besoin d'avoir des liquidités pour payer ces dettes inscrites dans leur livre. Par comparaison,

l'article 17 proposée laisse le "marché libre" déterminer le moment où le redressement avec un plan de redressement est approprié en se confiant aux jugements des parties en particulier.

En bref, en vertu de l'article 25 de l'Avant-Projet du 10 janvier, un débiteur incapable de payer peut posséder des affaires parfaitement viables, même aux yeux des créanciers. Le débiteur peut profitable en grande partie, mais partiellement peu lucratif. Dans ce cas-ci, le remède ne peut être ni une liquidation entière ni un plan de réhabilitation simple. La liquidation et l'acquittement partiels peuvent être la solution. L'article 17 suggéré, à la différence de l'Avant-Projet du 10 Janvier, prévoit cette souplesse. Réciproquement, un débiteur en position favorable de trésorerie peut ne pas être dans de bonnes circonstances financières à long terme. Ainsi, la norme de comptabilité de l'ébauche d'article 25 n'est pas une bonne référence.

Plutôt que de fixer une norme qui soit centrée sur l'absence de paiement, l'article 17 suggéré laisse au marché libre le soin de décider l'issue en comptant sur des créanciers pour se protéger. Ils peuvent déclarer selon l'article 6 suggéré et puis décider si un plan de réhabilitation ou un plan de redressement avec liquidation totale ou partielle, ou sans liquidation est en règle. La chose importante à réaliser est que les parties décident sur la base de la politique économique de l'entreprise du débiteur, non sur la base d'une série isolée d'événements représentés par un non-paiement. Dans cette mesure, l'article 17 suggéré étend une tendance présente dans l'article 28 de l'Avant-Projet du 10 janvier. Cette ébauche d'article permet d'entamer des poursuites sur l'initiative des créanciers, une avance sur le BL. Ce que l'article 17 suggéré ajoute est que l'événement déclenchant les poursuites devrait être basé sur l'économie politique de la société du débiteur, telle que déterminée par le débiteur ou le créancier, non l'étroite issue du non-paiement.

L'article 18 suggéré est une compression succincte des aspects substantifs des articles 119 à 193 de l'Avant-Projet du 10 janvier, dont la plupart traite des considérations de procédures d'exécution d'un plan de redressement, comme il est mentionné dans la Partie III A *infra*. Dans l'intérêt de la simplicité du processus et de l'efficacité de faillite dans la gestion, l'article 18 laisse la gestion de la liquidation et des transferts dans le plan de redressement avec le syndic, de ce fait éliminant la condition d'un administrateur de la manière prévue par les articles 137.4 et 137.5 de l'Avant-Projet du 10 janvier. Comme on l'a remarqué dans la discussion de l'article 12 suggéré *supra*, le syndic est sujet aux normes du droit commun et est ainsi responsable dans les questions d'exécution des conditions particulières d'un plan de redressement. De même, la réalité commerciale moderne supporte la conclusion que des proches personnes comme définies en article 3 suggéré ne devraient pas être privées d'une occasion d'obtenir des capitaux du débiteur. C'est en réponse à l'article 137.1 de l'Avant-Projet du 10 janvier. De telles personnes, qu'elles soient des proches du débiteur, du créancier ou du syndic, sont souvent celles qui connaissent le mieux les affaires du débiteur et sont ainsi mieux équipées pour utiliser efficacement des ressources du débiteur. L'article 18 suggéré impose plutôt une norme au Tribunal des Faillites en passant en revue des plans de redressement avec ces dispositifs.

L'article 19 suggéré emprunte aux articles 119 à 137 de l'Avant-Projet du 10 janvier, en particulier le souci des articles 122 et 131 pour des dates limite, pour fixer une simple date pour l'accomplissement d'un événement : le développement d'un plan de redressement. L'argument pour l'imposition d'une simple date limite est clair : pour maintenir toutes les parties concentrées sur la redistribution prompte et décisive des capitaux de débiteur au nom de l'efficacité commerciale. On le répète, l'article 19 suggéré porte l'esprit de réforme de l'Avant-Projet du 10

janvier à une prochaine étape. Les articles 556 à 569 du BL prévoient la participation de créanciers dans la formation d'un plan de redressement ("concordat"). Mais la souplesse et les exigences de la société commerciale moderne suggèrent qu'aucun plan unique ne soit susceptible de rester intact et acceptable pour de grands groupes de créanciers. Il est donc nécessaire (1) de placer un certain délai sur le développement d'un plan ; et (2) de profiter pleinement de la capacité représentative du syndic pour en arriver à un plan acceptable à l'expiration de la période de quatre-vingt-dix (90) jours, donnant au(x) syndic(s) soixante (60) jours supplémentaires pour aboutir à un accord. Au cas où un plan ne pourrait pas être produit, l'article 19 suggéré permet au tribunal de recourir à la liquidation en coopération avec les syndics, et assume ainsi une partie du caractère de l'article 127.3 de l'Avant-Projet du 10 janvier. Cependant, on ne donne pas la pleine liberté d'action au tribunal. L'article 19 suggéré prévoit quelques limites statutairement définies exprimant la préférence implicite pour la liquidation minimale et efficace pour obtenir l'acquittement, qui pourtant permet au débiteur de survivre avec un certain semblant de société intacte. Les deux-tiers exigés suivent la norme générale de l'article 557 du BL.

L'article 20 suggéré adopte la position générale que le syndic et les créanciers peuvent diriger la formulation d'un plan de redressement et unilatéralement agir pour obtenir son exécution, sujet à la conformité à quatre critères légaux stipulés. La condition de vote à super-majorité de deux-tiers, dans le cas d'un désaccord entre le débiteur et le Tribunal à propos du plan, est conforme au statut général des créanciers privilégiés exposé dans les articles tels que 121 et 125 de l'Avant-Projet du 10 janvier. Mais il existe un problème avec le fait de refléter l'intérêt du créancier privilégié comme ces articles le font. En renonciation ou non-renonciation de l'intérêt de sécurité, un choix rigide est présenté au créancier privilégié de continuer ou non l'intérêt. La réalité commerciale moderne tient compte de la possibilité que seulement une liquidation partielle des capitaux d'une entreprise peut être exigée et ainsi qu'un créancier privilégié peut survivre comme tel, même suivant une certaine liquidation. De plus, une telle renonciation comme il en existe ne serait utile qu'au niveau du plan, s'il était unanime, et les articles 121 et 125 de l'Avant-Projet du 10 janvier sont ambigus sur cet aspect. L'article 19 suggéré pose la solution plus pratique du vote super-majoritaire pour les créanciers privilégiés sur les conditions particulières d'un plan de redressement, qui peut ou peut ne pas incorporer, en cas de désaccord entre le débiteur et le Tribunal, une liquidation. Il est ainsi plus souple que le BL ou l'Avant-Projet du 10 janvier.

Les articles 20 et 21 suggérés n'accordent pas au Tribunal des Faillites ou au débiteur le dernier mot dans la composition du plan. Il n'est pas rare dans des cercles financiers occidentaux, où la loi reporte aux intérêts et les espérances du créancier en tenant compte du plan "enfoncé", que le débiteur doive approuver. L'article 127 de l'Avant-Projet du 10 janvier ne représente pas vraiment un progrès significatif sur l'article 566 du BL. Aucun des deux ne facilite la réalité commerciale qui, comme la faillite est une question publique, fait essentiellement avancer l'intérêt public par l'identification de l'intérêt des parties privées. En d'autres termes, il identifie que l'intérêt personnel du créancier est pour la résolution rapide et efficace de la matière par l'intermédiaire d'un plan. Les articles 20 et 21 suggérés identifient l'intérêt du créancier mais parviennent à un équilibre en limitant la considération du plan sous le critère "d'intérêt public" aux violations de la loi et des cas de la fraude ou de la connivence.

L'article 22 suggéré n'a aucune intention de déranger l'attribution fondamentale des priorités déterminées dans les articles 166 et 167 de l'Avant-Projet du 10 janvier. Cependant, il y a une

différence entre la détermination d'un droit théorique d'être payé et la prévision de la possibilité réaliste de recevoir paiement. L'article 4 suggéré prévoit que certains types de réclamations ne sont pas sujets à l'acquittement. Mais ce statut juridique élevé n'assure pas que telles parties préférées seront jamais payées par des capitaux des affaires du débiteur. L'article 22 suggéré, manipulant comme il le fait des priorités concrètes à un moment défini, le fait. Ainsi, il faudrait penser à la place qu'occuperait dans, l'article 22 suggéré, l'ordre de priorité des intérêts du créancier cités dans l'article 4 suggéré. Cette incorporation a l'avantage supplémentaire d'un traitement transparent des réclamations pour des paiements d'impôts et d'assistance sociale, également traité dans l'article 4 (au moins dans certains contextes). L'article 81 de l'Avant-Projet du 10 janvier semble déterminer un principe général de la priorité de tels paiements et puis reprend cette idée dans les articles 149 à 150 de l'Avant-Projet du 10 janvier. L'article 22 suggéré vise à augmenter l'importance de tels rapports d'ordre public, les rendant évidents à l'opérateur économique en les mettant dans un endroit. Ceci a l'avantage supplémentaire d'éviter des ambiguïtés dans l'interprétation.

L'article 23 suggéré est conforme aux ébauches d'articles 178 et 204 de l'Avant-Projet du 10 janvier. Dans leur ensemble, ces articles lient l'acquittement soit à la liquidation soit à l'approbation du plan. L'article 178 prévoit que l'acquittement se produira avec le dépôt des sommes dans le compte suite à la liquidation. L'article 204 prévoit expressément que l'acquittement sera la conséquence, mais n'indique pas un événement concret provoquant l'acquittement. L'article 23 suggéré le prévoit, liant l'événement à l'enregistrement aux dossiers du Tribunal des Faillites plutôt qu'à l'enregistrement au dossier des banques dont le caractère public est moindre.

**Citations au Titre IV :** La plupart d'entre elles sont couvertes par le raisonnement pour le Titre IV *supra*. En résumé, les Articles suggérés simplifient, clarifient ou parent aux besoins des dispositions suivantes dans l'Avant-Projet du 10 Janvier :

Article 17 suggéré - ébauche d'Article 52 ;

Article 18 suggéré – ébauches d'Articles 119 à 193 ;

Article 19 suggéré – ébauches d'Articles 126, 127.3, 134 à 136.

Article 20 suggéré – le même que pour l'article 19 *supra* ;

Article 21 suggéré – ébauches d'Articles 216 à 225

Article 22 suggéré - ébauches d'Articles 166 à 167

Article 23 suggéré – ébauches d'Articles 178, 204

## TITLE V : PLAN DE RÉHABILITATION POUR LA CONTINUATION DES OPERATIONS DE L'ENTREPRISE

**Article 24 :** Cet article stipulera que le débiteur peut obtenir un acquittement partiel des obligations par la création d'un plan de réhabilitation pour la continuation d'affaires (ci-après simplement désignée comme " plan de réhabilitation ") dans les cas incluant mais non limités aux instances des complications financières avec le débiteur, même si le débiteur a satisfait des obligations aux créanciers. Cet article stipulera plus loin qu'un plan de réhabilitation peut ou non inclure une liquidation partielle, que la liquidation peut être immédiate ou reportée à une date ultérieure et que l'acquittement peut être obtenu sans aucune liquidation. Cet article stipulera plus loin qu'un tel plan de réhabilitation peut être développé:

- par la déclaration du débiteur, d'un créancier ou d'un groupe de créanciers indiquant expressément un désir de procéder avec le développement d'un plan de réhabilitation ;
- par pétition au Tribunal des Faillites par le débiteur, le créancier ou le groupe de créanciers pour la transformation à partir d'un processus pour un plan de redressement avec ou sans liquidation sous le Titre V en un processus pour un plan de réhabilitation.

**Article 25** : Cet article stipulera que les procédures et les parties nécessaires pour formuler le plan de réhabilitation et sont les mêmes que pour le plan de redressement sous le Titre IV. Cet article stipulera qu'une fois que les parties se sont réunies pour voir le développement d'un plan de réhabilitation, le plan de réhabilitation peut avoir le contenu accepté par les parties, sujets aux mêmes dispositions pour l'approbation et la contestation comme ceux applicables à la formulation et la contestation du plan de redressement avec ou sans liquidation au titre IV.

**Article 26** : Cet article prévoira que le débiteur, un créancier, n'importe quel groupe ou ordres de créanciers et d'un syndic ou des syndics peuvent, dans n'importe quelle combinaison, travailler simultanément aux termes d'un plan de redressement sous le titre IV et d'un plan de réhabilitation sous ce titre V. Cet article prévoira que n'importe laquelle de telles parties peut faire une déposition auprès du Tribunal des Faillites en raison de cet objectif à double faces. Cependant, cet article ajoutera que seul un plan final ou un plan simple de séance d'entraînement ou un plan de réhabilitation simple, peut faire un déposition auprès du Tribunal des Faillites conformément à l'article 19.

**Article 27** : Cet article prévoira que le Tribunal des Faillites émettra une décision finale et exécutoire d'acquiescement dès que le plan de réhabilitation est approuvé de la façon mentionnée dans l'article 23.

*Raisonnement pour le Titre V* : Pour faciliter les réalités du commerce moderne, le titre V suggéré est un mélange des dispositifs les plus progressifs, à savoir: le "règlement préventif" et le "cas de réhabilitation", reflétés dans les articles 5 à 9 et 204 à 207 respectivement de l'Avant-Projet du 10 janvier. Le premier établit la capacité du débiteur et du créancier d'agir d'une façon prophylactique de développer un plan pour restructurer les obligations du débiteur, si le débiteur est en difficulté financière, avant que le débiteur ne soit en cessation de paiements aux créanciers. La nature de l'accord avec les créanciers est ouverte et négociable. Les derniers articles, sur la réhabilitation, octroient au débiteur un acquiescement si des créanciers ont été payés au moins en partie. L'accomplissement de l'article 24 suggéré est la concession de l'acquiescement non seulement quand les débiteurs ont payé le créancier mais simplement quand un accord pour le remboursement ou les paiements restructurés est conclu. L'acquiescement n'a pas besoin d'être lié au paiement et à la liquidation mais peut être obtenu par l'accord des parties. Parmi les cas pratiques facilités par cette solution (et non couverts par l'Avant-Projet du 10 janvier) sont les suivants :

- **Hypothèse #1** : Un débiteur a pris de nouvelles obligations qu'il n'est pas forcément capable de satisfaire et, en même temps, il opère avec un matériel désuet que le débiteur voulait liquider

quand le marché pour le matériel s'améliore, la solution est un plan de réhabilitation avec un dispositif d'acquittement soutenu par la promesse d'une future liquidation partielle ;

- **Hypothèse #2** : Un débiteur entre dans des affaires prometteuses qui, néanmoins, exigent de la nouvelle technologie et obtient beaucoup de financement pour l'acquérir, mais devient sur-endetté dans des obligations, la solution est un plan de réhabilitation avec un dispositif d'acquittement partiel en échange duquel les financiers ne recevront pas l'argent d'une liquidation partielle mais plutôt d'un actionnariat équitable dans les affaires nouvelles.

Dans aucune de ces hypothèses, l'acquittement n'est conditionné par la liquidation. L'Avant-Projet du 10 janvier ne parle pas de telles possibilités. La loi actuelle en matière de contrats à Madagascar peut déjà les prévoir en théorie. Mais l'existence d'un plan de réhabilitation dans une loi de réforme sur l'Apurement du Passif, dans la pratique, encouragera les créanciers à résoudre la situation publiquement et *en masse* de sorte que le débiteur puisse poursuivre une stratégie commerciale intégrée qui gagne la confiance publique de la communauté financière.

Certain soutien textuel à l'article 24 suggéré se trouve dans l'ébauche d'article 204 de l'Avant-Projet du 10 Janvier, qui déclare qu'un accord peut impliquer dans le procédé d'acquittement (quand un tiers paie pour le débiteur) aussi bien que son article 6 qui suggère que le plan de redressement et le plan de réhabilitation sont interchangeable, avec ce dernier dirigeant le premier. Cependant, l'inverse peut se produire. Commencer le travail sur le plan de redressement peut mener à la conclusion qu'un plan de réhabilitation peut être préférable. Ceci se produirait dans le cas d'une liquidation partielle, comme l'illustre l'**Hypothèse #1**. Cet exemple reflète les termes d'un plan de redressement mais mène en même temps à la continuation des affaires du débiteur sous une certaine forme modifiée conformément à un plan tourné vers l'avenir pour garder intactes les affaires financièrement fragiles de survie. L'article 24 suggéré permet la souplesse. Elle facilite le dispositif tourné vers l'avenir du règlement préventif avec l'acquittement partiel accompagnant la liquidation partielle.

L'article 24 suggéré ajoute également que les créanciers peuvent déposer pour le plan de réhabilitation. Ceci étend le sens de la réforme de l'Avant-Projet du 10 janvier, qui présente le règlement préventif, un procédé qui n'existe pas dans le BL. La capacité des créanciers de lancer cette démarche fait du règlement préventif et de l'idée même d'un plan de réhabilitation une possibilité bien plus viable en avançant l'ensemble des intérêts de la politique concernant les droits du créancier.

L'article 25 suggéré suit la logique que le plan de réhabilitation emprunte le meilleur du règlement préventif et du cas de réhabilitation de l'Avant-Projet du 10 Janvier. Puisqu'il combine l'acquittement de la réhabilitation avec un accord sans liquidation comme dans le règlement préventif, l'article 25 suggéré impose les mêmes normes pour l'approbation du créancier tels qu'ils sont imposés au Titre IV.

L'article 26 suggéré est en accord avec le sens de la réforme de l'Avant-Projet du 10 janvier. L'Avant-Projet du 10 janvier apporte un avantage sur la BL en ajoutant le règlement préventif et le cas de réhabilitation. L'article 26 suggéré ajoute simplement qu'une décision sur le choix d'un meilleur itinéraire ne peut être possible qu'après que toutes les parties se soient réunies dans le processus formel de faillite et qu'elles aient commencé d'essayer de négocier une solution ou

une autre. Il met ainsi en valeur les deux nouvelles alternatives de la réforme de l'Avant-Projet du 10 Janvier.

L'article 27 suggéré ressemble à l'article 23. Tous deux visent à fournir à l'opérateur économique une référence à un événement physique concret qui signifie un acquittement. Tous deux recherchent à le faire publiquement et d'une manière transparente par l'utilisation du processus du tribunal.

*Citations au Titre V* : Puisque ce titre est un mélange des contributions du règlement préventif et du cas de réhabilitation, il est mieux compris en tant que synthèse des meilleurs aspects de politique économique des articles 5 à 9 et 216 à 225 de l'Avant-Projet du 10 janvier. De même, le Titre V est conçu pour supplanter les articles 607 à 614.3 du BL.

## TITLE VI : APPLICATION DE LA LOI ET DIVERSES DISPOSITIONS

**Article 28** : Cet article prévoira que, sujet à l'article 29, rien en vertu de cette loi sur l'Apurement du Passif ne devrait être interprété pour limiter l'initiation ou la continuation des poursuites criminelles contre le débiteur ou n'importe quelle partie pour des événements reliés à l'endettement du débiteur, à la disposition des biens du débiteur ou aux réclamations de diverses parties contre le débiteur.

**Article 29** : Cet article prévoira que les parties déclarant faillite ou énumérées dans les ordres des créanciers en vertu de l'article 10 jouiront de l'immunité de la poursuite criminelle en liaison avec toute matière concernant de l'endettement du débiteur, une réclamation de créancier ou la disposition de n'importe quelle partie des biens du débiteur, à condition que :

- ces parties soient entré dans la procédure de faillite par une déclaration formelle ou autrement en bonne foi ;
- ces parties négocient leurs droits étant en faillite par le syndic ou les syndics et autrement en bonne foi.

Cet article stipulera également que, nonobstant la bonne foi de telle partie, rien dans cet article n'empêchera la poursuite criminelle de toute proche personne de telle partie si des raisons pour une poursuite criminelle existent. Cet article prévoira qu'une telle immunité comme l'article l'étend existe seulement pour la durée des poursuites formelles de faillite.

**Article 30** : Cet article stipulera que ni une déclaration de faillite auprès du Tribunal des Faillites, ni la formulation plan de redressement sous le Titre IV, ni la formulation d'un plan de réhabilitation sous l'article V, ni aucune autre action prise en bonne foi par un participant dans le processus de faillite sous cette Loi de faillite ne sera interprété en dehors du processus de faillite comme un admission contre intérêt débiteur, du créancier, du syndic ou de tout autre partie participant dans la démarche de faillite sous cette loi.

**Article 31** : Cet article prévoira que sauf indication du contraire, l'appel à partir de la détermination d'un Tribunal des Faillites est traité comme un appel de n'importe quelle détermination du Tribunal du Commerce.

**Article 32** : Cet article prévoira que cette loi sur l'apurement du Passif sera complétée par une Loi sur la Procédure de l'Apurement du Passif. Cet article stipulera plus loin qu'en cas de conflit entre les termes de cette loi sur disposition et la Loi sur la Procédure de l'Apurement du Passif, les termes de cette loi prévalent.

*Raisonnement pour le Titre VI* : Ces articles suggérés sont conçus pour montrer la manière dont la réforme de Loi sur l'Apurement du Passif s'intègre dans les domaines reliés au cadre juridique malgache et aussi pour rendre plus attrayant, dans la mesure cela se peut pour une loi, l'utilisation du système judiciaire pour résoudre les conflits entre débiteur et créancier.

Les articles 28 et 29 suggérés vont de pair. Ils sont conçus pour reporter les cas aux autorités d'exécution de la loi en liaison avec les aspects de la conduite du débiteur dont les conséquences normatives ou de l'ordre de la politique publique sont les plus graves. Dans ce sens, les articles 28 et 29 suggérés laissent aux fonctionnaires d'exécution de la loi la responsabilité de traiter la plupart des aspects punitifs avec le débiteur, tel que déterminé dans les articles tels que 194 à 196, 203, 203.1, 226, 226.1, 228, 231, 233 à 234, 237 et 242 de l'Avant-Projet du 10 Janvier. En même temps, les articles suggérés sont conçus pour encourager la participation au processus de faillite par une concession d'immunité provisoire de la poursuite criminelle de sorte que le Tribunal des Faillites puisse évaluer toutes les réclamations économiques. Précisément, parce que la nouvelle loi de réforme sur l'Apurement du Passif n'est pas de nature punitive, les poursuites de faillite pourraient être ainsi un allié aux fonctionnaires d'exécution de la loi en les aidant "à aller droit aux faits" concernant le traitement des affaires du débiteur et des transferts qui y sont reliés.

L'article 30 suggéré étend le raisonnement de l'article 8 suggéré et des articles 75.1 et 75.2 de l'Avant-Projet du 10 janvier. Le concept général d'une suspension des poursuites est de permettre que les poursuites de faillite soient le forum central, sinon exclusif, pour l'élaboration des problèmes complexes d'endettement. L'article 30 suggéré favorise plus loin la franchise et l'échange de rang en protégeant les révélations des parties impliquées de sorte qu'on puisse arriver à un accord.

L'article 31 suggéré est un point de clarification. L'Avant-Projet du 10 janvier parle longuement dans les articles 216 à 225 d'appel comme le fait de telles dispositions que l'ébauche d'article 129. Mais faire un appel à qui ? L'article 31 suggéré clarifie l'article 4 de l'Avant-Projet du 10 Janvier qui fixe l'apurement du passif dans le Tribunal du Commerce.

Article 32 suggéré ne fait que confirmer la préférence que des droits substantiels en vertu de la Loi sur l'Apurement du Passif ne soient pas qualifiés par des procédures. La Loi sur l'Apurement du Passif sera discutée brièvement dans la Partie III *supra*.

*Citations au Titre VI* : Comme on l'a noté, ce Titre est conçu pour supplanter les nombreuses dispositions pénales et punitives dans l'Avant-Projet du 10 Janvier et la loi actuelle. Parmi les dispositions qui devraient être effacées de toute Loi de réforme sur l'Apurement du Passif sont :

- L'Avant-Projet du 10 janvier : Dans une large mesure, le Titre V de l'Avant-Projet du 10 Janvier, en particulier les articles 228, 231, 233 à 234, 237 et 242. Des articles 194 à 196, 203 et 203.1 devraient également être effacés étant excessivement punitifs.
- BL : L'intégralité du Titre III de la loi actuelle. En outre, la teneur de toutes les dispositions suggérant une obligation de déclarer faillite, en commençant par l'article 437 de la loi actuelle, ont besoin d'être réexaminés. La clé est de fournir une incitation à déclarer, non une condamnation, ni une punition.

Autrement, le seul lien entre le Titre VII de l'Avant-Projet du 10 janvier, qui adresse pareillement les dispositions diverses, et le Titre VI suggéré est dans le domaine de la discussion du droit pénal. L'article 249 de l'Avant-Projet du 10 janvier fait une correspondance au code pénal sans élaboration. En revanche, les articles 28 et 29 suggérés sont conçus pour orienter réellement l'opérateur économique, quant à la relation entre le Droit Pénal et la Loi sur l'Apurement du Passif, en vue d'encourager la participation dans la procédure d'apurement du passif.

### **III. LOIS RELATIVES A LA LOI SUR L'APUREMENT DU PASSIF**

#### **A. Loi sur la Procédure d'Apurement du Passif**

On a demandé une fois à Stephen Hawking, détenteur de la Chaire Isaac Newton au Département de Physique de l'Université de Cambridge et auteur à succès, comment il se fait qu'un physicien ait pu écrire livre qui soit meilleur vendeur. La réponse est simple, il a rétorqué: la quantité d livres vendus est inversement proportionnelle au nombre de formules mathématiques utilisées dans le livre. Réduisez au minimum le nombre de formules et vous rendez le livre populaire.

Il en va de même pour l'utilisation des dispositions sur les procédures judiciaires en matière de droit commercial. La mesure dans laquelle une loi est connue et utilisée par le public d'opérateurs économiques et financiers est inversement proportionnelle à la quantité de procédures judiciaires discutées dans la loi. Le droit commercial accessible permet à l'utilisateur-cible, l'homme d'affaires, et non l'homme de loi, ni le juge, de connaître ses droits rapidement et facilement.

Ceci est valable pour tous les droits commerciaux dont les utilisateurs-cibles sont les entreprises orientées vers leur clientèle. Cela est particulièrement vrai dans le cas de l'apurement du passif. Cela vient de ce que dans le contexte de l'apurement du passif, il ne s'agit pas seulement du fait que les entreprises ne veulent pas labourer à travers des procédures judiciaires très techniques et souvent mystérieuses. Il s'agit aussi du fait que les entreprises ne le peuvent pas. Le débiteur, souvent pris dans des difficultés financières, ne peut se permettre de payer les services d'un avocat pour expliquer de telles choses. Ainsi, le débiteur parvenir à la première étape, essentielle

dans la faillite, à savoir l'acte de déclarer, parce qu'il ne peut pas évaluer les conséquences de l'utilisation la Loi sur l'Apurement du Passif à travers un labyrinthe incompréhensible de procédures judiciaires. Une Loi sur l'Apurement du Passif fortement orientée vers les procédures ne fait probablement pas le bonheur du créancier non plus. Même pour le créancier ayant des ressources et des avocats, les procédures judiciaires excessives telles que présentées dans la Loi sur l'Apurement du Passif suggèrent un délai. Et les délais rendent les créanciers impatients. Et quand les créanciers deviennent impatients, ils évitent d'utiliser une loi et se tournent vers d'autres moyens pour obtenir un règlement, y compris le moyen privé, le traitement de personne-à-personne avec le débiteur. L'incapacité d'utiliser la Loi sur l'Apurement du Passif augmente de ce fait le cynisme du public quant à la valeur de la loi. Il s'ensuit que la dynamique entière entraîne une Loi sur l'Apurement du Passif qui devient "une lettre morte", érodée.

La description ci-dessus est très étroitement conforme à la situation actuelle de la Loi sur l'Apurement du Passif à Madagascar. Sans même discuter les mérites des aspects de fond de la loi malgache actuelle sur l'Apurement du Passif, l'impression de procédures judiciaires excessives dans une Loi sur l'Apurement du Passif pourrait bien expliquer dans une large mesure l'échec de l'utilisation de la loi actuelle sur l'Apurement du Passif à Madagascar. Cela ne veut pas dire que tous les articles de procédure soient sans importance. Au contraire, quand il est question de procédure, il devrait s'agir des points les plus importants pour les entreprises qui devraient avoir une place importante dans le texte légal. On devrait observer les points suivants en introduisant la procédure dans le nouvel Avant-Projet de Loi l'Apurement du Passif pour Madagascar :

1. *Se concentrer sur l'alpha, l'Oméga et réduire au minimum l'intermédiaire* : Les entreprises du débiteur comme celles du créancier veulent toutes savoir deux choses essentielles : non seulement comment commencer des poursuites de faillite mais pourquoi les commencer. Le "comment" du début se rattache au "pourquoi" de la fin, " la seule chose qui compte " pour l'entreprise. Pour le débiteur, l'insistance est sur l'acquiescement et comment obtient-on l'acquiescement en termes de procédures concrètes est la fin du jeu et la seule raison pour déclarer. Pour le créancier, l'insistance est sur le redressement et comment le créancier se tient contre les réclamations d'autres créanciers. Ainsi, tels articles de procédure qui traitent du créancier ont besoin de se concentrer sur des ordres les créanciers et une représentation par le syndic. Les articles 1, 10 à 12 suggérés de la Loi sur l'Apurement du Passif proposée traite ces questions d'acquiescement et des droits des créanciers, et le font si raisonnablement si tôt dans le texte pour leur donner la prééminence. Comme véhicule promotionnel pour encourager des déclarations en faillite, ils rivalisent tout à fait favorablement avec le BL dont le premier article utilise la procédure comme un instrument de contrainte.
2. *Traiter la Procédure en termes concrets et physiques* : Qu'il soit créancier ou débiteur, l'entrepreneur qui se soumet de lui-même à l'examen public, minutieux et transparent compte pouvoir surveiller le progrès quant à ces quelques procédures d'importance cruciale. Cela signifie retirer la procédure du royaume de la théorie juridique. Cela signifie rendre la procédure réelle. Ainsi, les articles dans une loi de réforme devraient indiquer aux entreprises exactement quels documents déposer et où les déposer. Bien sûr, quels papiers déposer et à quelle adresse les déposer. Des ébauches d'articles de procédures devraient être faites de sorte que la déclaration en faillite devienne pour le débiteur et même pour les créanciers un exercice libre sans avocat du type "faites-le vous-même". Des étapes de procédure devraient

se caractériser par une référence au document à déposer en question et à qui est le responsable la déposition. Les articles 5 et 6 suggérés de la Loi sur l'apurement du Passif proposée le fait dans le contexte de la déclaration. Les articles 23 et 27 suggérés le font dans le contexte de l'acquittement. Ceci est en contraste avec telles dispositions comme les articles 72, 75, 77, 127, 129, 132 et 134 à 136 l'Avant-Projet du 10 Janvier qui confinent le traitement de tels concepts importants de procédures comme " la décision d'ouverture " (en commencement des poursuites) et " d'homologation " (sur confirmation du tribunal) au domaine de la théorie juridique. Le débiteur et le créancier ont peu d'évidence du moment où telles étapes commencent et, par conséquent, peu de capacité à apprécier leur importance.

3. *Eliminer les procédures indirectes dans la loi fondamentale* : La loi sur l'Apurement du Passif proposée évite une référence détaillée aux procédures judiciaires entre les administrateurs judiciaires et les juges de même que les étapes de procédures intermédiaires dans le contexte des ventes juridiques, la vérification des créanciers et ses semblables. Cela ne doit pas dire que le public devrait être ignorant de l'existence de telles procédures ; en fait, une disposition telle que l'article 32 suggéré qui établit des renvois à une Loi séparée sur la Procédure d'Apurement du Passif suffit. Ceci est dans l'intérêt de la transparence, non pour sa dérogation. Les descriptions détaillées des étapes de procédures intermédiaires et celles qui ont seulement un impact indirect sur le débiteur et le créancier distraient simplement des aspects de procédures importants de l'Apurement du Passif comme nous l'avons souligné au Point # 1 ci-dessus.

Par conséquent, la plupart des articles de procédure, qu'ils soient dans le BL ou dans l'Avant-Projet du 10 janvier, sont des éléments d'une Loi sur l'Apurement du Passif (qu'il soient sous la forme d'un supplément au Code de Procédure Civil, des règlements judiciaires ou d'une loi séparée). L'insertion des articles de procédures dans le texte de la Loi de réforme sur l'Apurement du Passif ci-dessus devrait être effectuée avec le plus grand soin, tenant compte de la considération primordiale de l'utilité de la loi aux entreprises. Ainsi, on ne devrait ajouter que les procédures qui sont particulièrement liées de la façon la plus directe aux droits substantifs du débiteur et du créancier. Pour illustrer cela, l'Avant-Projet du 10 janvier actuel présente le canevas brut suivant des dispositions de fond par opposition aux dispositions de procédures :

Articles de fond : 1, 2 bis, 3 à 4, 5 à 7, 9, 25 à 28, 67 à 71, 72 à 77, 91 à 118, 194 à 199, 203 à 207, 226 à 251 ;

Articles de procédure : 2, 8, 29 à 38, 39 à 51, 200 à 202, 208 à 214 ;

Articles intermédiaires : 52 à 66 bis, 78 à 90, 97 bis, 119 à 93, 215 à 25.

Pour la plupart de ces articles, une sérieuse considération devrait être accordée à l'incorporation des idées centrales dans les deux dernières catégories (les articles de procédures et les articles intermédiaires mentionnés ci-dessus) dans une Loi sur l'Apurement du Passif.

A petites doses, l'introduction des dispositions de procédures les plus essentielles peut contribuer à la mise en valeur de l'utilité d'une Loi sur l'Apurement du Passif pour la communauté des affaires. Mais une insistance excessive sur la procédure menace d'accabler le message économique positif de fond qu'une telle loi de réforme peut véhiculer. Par conséquent, une considération sérieuse devrait être accordée à une loi séparée sur la Procédure de l'Apurement du Passif, à la fois dans l'intérêt de la banqueroute et dans l'intérêt de la procédure appropriée.

## B. Une Loi sur les Transferts Frauduleux

En se concentrant comme elle le fait sur les rapports d'affaires financières complexes d'une entreprise dans sa totalité en interaction avec plusieurs parties, la procédure de faillite ne peut probablement pas traiter particulièrement chaque conflit simple entre débiteur et créancier. C'est le cas notamment pour ces conflits où on allègue le manque de bonne foi ou autre inconduite par le débiteur. De tels soucis normatifs sont vraiment en dehors de la portée centrale de la faillite, qui devrait être concentrée sur l'efficacité économique.

C'est d'autant plus le cas en raison des réformes salutaires présentées par l'Avant-Projet du 10 Janvier. Comparé au BL, le règlement préventif et le cas de réhabilitation dans l'Avant-Projet du 10 Janvier facilitent, tous deux, de nouvelles réalités économiques en offrant plus de choix aux débiteurs et aux créanciers. Mais ils imposent également des fardeaux supplémentaires au Tribunal des Faillites en exigeant la supervision d'accords de plan de redressement plus détaillé et en offrant le potentiel pour des ventes des biens complexes davantage de contextes.

Tout ceci est un raisonnement pour soulager un système judiciaire soumis à une contrainte de Tribunal des Faillites. Ce système a besoin d'être soulagé du fardeau d'agir en tant qu'arbitre dans essentiellement des querelles à deux parties sur le détournement de propriété. Une loi sur les Transports Frauduleux le réaliserait. Une telle loi empêcherait :

- la séquestration incertaine ou le transfert des capitaux du débiteur en général, et particulièrement avant de demander des poursuites de faillite ;
- la manipulation du syndic, du notaire (" notaire "), du greffier ou de tout officier judiciaire à continuer telle séquestration ou transfert ;
- une connivence entre les créanciers et le débiteur en ce qui concerne la classification des obligations considérés par le tribunal dans une affaire de faillite.

Une Loi distincte sur les Transports Frauduleux, fixant les remèdes du créancier pour des transferts inappropriés par des débiteurs, se trouverait en dehors du système de faillite. Cependant, elle renforcerait et compléterait la réforme de faillite discutée dans le plan d'action de la partie II B *supra*. En plus de soulager le Tribunal des Faillites de la responsabilité des affaires de transfert inapproprié du débiteur :

- elle protégerait les Tribunaux des Faillites contre l'abus du débiteur de la procédure de faillite au moment précis où tels tribunaux doivent redistribuer des ressources pour aborder les questions économiques sophistiquées ;
- elle mettrait en valeur la transparence de la procédure de faillite en renforçant la vue des ordres des créanciers ayant des intérêts communs en fournissant le " soupape de sécurité " d'actions individuelles du créancier contre un débiteur pour le transfert frauduleux en dehors de la procédure de faillite ;

- elle ajouterait de la crédibilité aux raisons économiques pour le plan de redressement et le plan de réhabilitation par transfert de la discussion sur des soucis normatifs et pénaux dans le contexte civil aux actions judiciaires extérieures à la banqueroute ;
- elle soutiendrait la confiance publique au greffier et autres fonctionnaires administratifs impliqués dans le processus de faillite en ayant des allégations séparées de traitement judiciaire d'inconduite officielle et d'abus dans la procédure de faillite.

Ainsi, une Loi sur les Transferts Frauduleux est liée à une réforme de Loi sur l'Apurement du Passif qu'il y a beaucoup de mérites en considérant les deux en tandem. Les deux lois soulignent le message global de la réforme. Au lieu de considérer une banqueroute comme " un attrape-tout" pour chaque grief du débiteur et créancier, Madagascar peut transformer la banqueroute de son état actuel de " lettre morte " en une institution jouant un rôle central et approprié pour résoudre les problèmes économiques les plus importants de la société malgache. Tous les aspects de plus en plus complexes et divers de l'économie l'exigent - et n'en méritent pas moins.