

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE	1

PREMIERE PARTIE.

L'affirmation du principe d'exécution de l'obligation de la caution aux conditions conventionnelles.....	51

Titre 1. L'intangibilité de l'obligation de la caution <i>in bonis</i>.....	54
Chapitre 1. Le maintien de l'obligation de paiement de la caution	56
Chapitre 2. L'exécution ponctuelle de l'obligation de paiement.....	113

Titre 2. La volonté de soustraire la caution personne physique aux poursuites des créanciers	155
Chapitre 1. La neutralisation des poursuites contre la caution personne physique	158
Chapitre 2. La protection de certaines cautions durant l'exécution du plan ou du concordat	232

SECONDE PARTIE.

La portée du principe d'exécution de l'obligation de la caution	274

Titre1. L'autonomie du montant de la dette à payer par la caution <i>in bonis</i>.....	278
Chapitre 1. Maintien du <i>quantum</i> de la dette cautionnée	280
Chapitre 2. La variation du montant de la dette à payer par la caution <i>in bonis</i>	340

Titre 2. Restriction du droit au remboursement de la caution <i>solvens</i>	381
Chapitre 1. La déliquescence du recours personnel de la caution <i>solvens</i> inhérent à la discipline collective.....	384
Chapitre 2. La préservation aléatoire de la créance de remboursement.....	436

CONCLUSION GENERALE	478

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

- A -

- Act. proc. coll. Actualité des procédures collectives
- al. Alinéa
- AN Assemblée Nationale
- Art. Article
- Ass. plén. Formation plénière (Cass. ou CE)
- AUPC Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
- AURVE Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
- AUS Acte uniforme portant organisation des sûretés

- B -

- Banque et dr. Revue Banque et droit
- BCEAO Banque centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest
- BRDA Bulletin rapide de droit des affaires Francis Lefebvre
- Bull. civ. Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
- Bull. Joly Bulletin Joly

- C -

- CA cour d'appel
- Cass. avis Avis de la Cour de cassation
- CAA Cour administrative d'appel
- Cass. req. Chambre des requêtes de la Cour de cassation
- C. civ. Code civil
- CCJA Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA
- C. com. Code de commerce
- C. consom. Code de consommation
- CE Conseil d'Etat
- CEDEAO Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
- CEMAC Communauté économique et monétaire de l'Afrique Centrale

- ch.	Chambre
- Ch. mixte	Chambre mixte
- Chron.	Chronique
- Civ.	chambre civile de la Cour de cassation
- Civ. 1 ^{ère}	première chambre civile de la Cour de Cassation
- Civ. 2	deuxième chambre civile de la Cour de cassation
- Civ. 3	troisième chambre civile de la Cour de cassation
- C. mon. fin.	Code monétaire et financier
- Com.	chambre commerciale de la Cour de cassation
- CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
- chron.	chronique
- coll.	collection
- comm.	Commentaire
- <i>contra</i>	En sens contraire
- C. trav.	Code du travail
- Cah. dr. ent.	Cahier de droit de l'entreprise

- D -

- D.	Recueil Dalloz
- D. aff.	Dalloz affaires
- Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
- doctr.	doctrine
- Dr. et patr.	Droit et patrimoine
- Dr. sociétés	Droit des sociétés
- D. n°	Décret

- E -

- éd.	Edition
- ERSUMA	Ecole régionale supérieure de la Magistrature (OHADA)

- F -

- Fasc.	Fascicule

- G -

- Gaz. Pal.	Gazette du Palais

- I -

- *Ibidem/ibid.* Au même endroit
- IDR Injonction de délivrer ou de restituer
- *Infra* Ci-dessous
- IR Information rapide

- J -

- J.-Cl. civ. Juris-Classeur de droit civil
- J.-Cl. com. Juris-Classeur de droit commercial
- JCP Semaine juridique (Juris-Classeur périodique)
- JCP E Semaine juridique édition entreprise
- JCP G Semaine juridique édition générale
- JO Journal officiel
- JOCE Journal officiel des communautés européennes
- JO-OHADA Journal officiel de l'OHADA
- JORF Journal officiel de la République française
- JORG Journal officiel de la République gabonaise
- JOUE Journal officiel de l'union européenne
- JurisData Banque de données juridiques – références postérieures à 1980

- L -

- L. Loi
- Lamy dr. aff. Lamy droit des affaires
- LGDJ Librairie générale de droit et de jurisprudence
- *loc.cit.* *Loco citato*, passage précité d'un article ou d'un ouvrage
- LPA Les petites affiches

- M et N -

- Mél. Mélanges
- n° Numéro

- O -

- obs. Observations, commentaires doctrinaux
- OHADA Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des affaires

- *op. cit.* *Opere citato*, cité précédemment (ouvrage précité)
- Ord. Ordonnance

- P -

- p. Page
- Pan. jur. Panorama juridique
- Penant Revue de droit des pays d'Afrique
- préc. Précité
- préc. *supra* rappel référence d'un arrêt déjà cité
- préf./Préf. Préface
- PUAM Presses universitaires d'Aix-Marseille
- PUN Presses universitaires de Nancy
- PUT Presses universitaires de Toulouse

- Q -

- Quot. jur. Quotidien juridique (de 1992 à 1998)

- R -

- Rapp . Rapport
- RASJ Revue africaine de sciences juridiques
- RD banc. et bourse Revue de droit bancaire et boursier
- RD banc. et fin. Revue de droit bancaire et financier
- RDC Revue des contrats
- Rev. dr. comm. Revue de droit communautaire
- Rev. huissiers Revue des huissiers de justice
- Rev. proc. coll. Revue des procédures collectives
- Rev. sociétés Revue des sociétés
- RIDC Revue internationale de droit comparé
- RJA Revue juridique africaine
- RJCCJA Revue de jurisprudence de la CCJA
- RJDA Revue de jurisprudence de droit des affaires
- RLDA Revue Lamy de droit des affaires
- RLDC Revue Lamy de droit civil
- RTD civ. Revue trimestrielle de droit civil
- RTD com. Revue trimestrielle de droit commercial

- S -

- S. Recueil Sirey
- s. suivant (s)
- soc. Chambre sociale de la Cour de cassation
- somm. Sommaire
- spéc. Spécialement
- SPI Règle de la suspension des poursuites individuelles des créanciers
- ss. Sous
- sté. Société
- *supra* ci-dessus

- T -

- t. Tome
- T. civ. Tribunal civil
- T. com. Tribunal de commerce
- TGI Tribunal de grande instance
- TI Tribunal d'instance
- Th. Thèse
- TPI Tribunal de première instance

- U -

- UEMOA Union économique et monétaire ouest-africaine
- UMAC Union monétaire de l'Afrique centrale
- UNIDROIT Institut international pour l'unification du droit privé

- V -

- V. Voir
- vol. volume

« Si tu t'es porté caution, sois prêt à payer »¹

« le droit des entreprises en difficulté observe un principe de neutralité face aux sûretés personnelles »².

INTRODUCTION GENERALE

1. L'obligation est selon un auteur « le lien de droit entre deux personnes en vertu duquel l'une (le débiteur) doit quelque chose à l'autre (le créancier) »³. Dans le patrimoine de chacun d'eux, il existe un aspect passif, la dette pesant sur premier, et un aspect actif, la créance dont le créancier est titulaire⁴. Ce rapport juridique implique des effets de droit à l'égard du débiteur et du créancier de sorte que le créancier peut contraindre le débiteur à exécuter une prestation (traditionnellement *de dare, de facere* ou *de non facere*)⁵ ayant un caractère légal (obligation légale), judiciaire (obligation délictuelle) ou conventionnel (obligation contractuelle)⁶.

¹Bible, Livre d'Ecclésiaste 8, 13 (Ancien Testament)

²P-M. Le Corre, L'évolution du droit des sûretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté, in F. Macorrig-Venier, Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur, coll. CDA du 16 mars 2017, PUT 2017, p. 214

³A. Bénabent, Droit des obligations, LGDJ 2018, 17^e éd., n° 2 ; V. également, Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, Droit des obligations, LGDJ 2018, 10^e éd., n° 1.

⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *ibidem*.

⁵Art. 1101 C. civ. Dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 portant du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

⁶Pothier, Traité des obligations, préf. de J-L. Halpérin, D. 2011, n° 1 : pour l'auteur, la notion d'obligation requiert deux approches selon qu'elle implique une coercition du créancier ou non. Ainsi, il distingue l'obligation imparfaite de l'obligation parfaite. La première est celle qui ne donne aucun droit à personne d'en exiger l'accomplissement de la part de son débiteur. Cette obligation relève généralement du domaine de la religion de sorte que le « débiteur » n'est redevable qu'envers Dieu et non envers les hommes. La seconde, à l'inverse, est dite parfaite en ce sens qu'elle donne à son créancier le droit de contraindre celui qui s'est engagé envers lui à l'accomplissement de ce qui a été convenu. Cette distinction entre obligation imparfaite et obligation parfaite rappelle d'ailleurs celle qui oppose la règle de droit à celles de la morale et de la religion justement, la coercition étatique de la première étant généralement ce qui permet de la distinguer des autres.

2. Ce droit de contrainte du créancier est une prérogative de droit commun que ce dernier peut exercer sur les biens constitutifs du patrimoine du débiteur excepté ceux qui en sont déjà sortis ou qui n'y sont pas entrés⁷. Cette prérogative commune à tout créancier est appelée droit de gage général⁸. Le débiteur est de ce fait « tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et avenir »⁹. En d'autres termes, l'inexécution de l'obligation du débiteur implique la mise en œuvre du droit de contrainte du créancier.

3. Cependant, la mise en œuvre de celle-ci dépendra de la qualité du créancier. Pour le créancier dit chirographaire, c'est-à-dire celui qui n'a pas garanti sa créance par un autre patrimoine créance¹⁰, son droit de contrainte s'exercera uniquement sur le patrimoine du débiteur sur lequel il détient sa créance. Dans cette hypothèse, il supporte seul le risque d'insolvabilité de celui-ci. Et s'il se retrouve en concours avec les autres créanciers, conformément à l'article 2285 du code civil, il ne sera payé qu'*au marc le franc* c'est-à-dire au prorata du montant de sa créance. Le créancier chirographaire devra partager le « gâteau » avec d'autres créanciers du débiteur, sans pour autant que son paiement soit garanti notamment en présence de créanciers prudents ayant protégé leur créance. Ces derniers, selon la nature de leur garantie, se feront payer avant les autres créanciers. Le législateur envisage à cet effet plusieurs situations qui établissent une hiérarchie entre les créanciers¹¹. La dernière place de celle-ci est occupée par les créanciers chirographaires¹².

4. En réalité, il est vital pour les créanciers de se prémunir contre le risque d'insolvabilité du débiteur principal qui a inéluctablement un impact sur la bonne santé de ses éléments d'actifs, si bien que garantir sa créance est devenu systématique dans certaines relations contractuelles. Il en

⁷Art. 2284 C. civ. : principe de la limitation du gage général du créancier au patrimoine de son débiteur ; seuls les biens dont dispose le débiteur au moment du recouvrement de la créance permettront au créancier de se faire payer.

⁸Art. 2285 C. civ. ; A. Bénabent, *op. cit.* n° 3 et 257.

⁹Art. 2284 C. civ.

¹⁰Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, *op. cit.* n°797 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis 2017, n°477.

¹¹V. M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, LexisNexis 2015, 10^e éd. n° 1026 s.

¹²On note au nombre des créanciers privilégiés susceptibles d'être payés avant le créancier chirographaire : le créancier qui peut se prévaloir d'un droit de rétention (art. 2286 C. civ.), d'une sûreté réelle tels un gage ou une hypothèque. L'intérêt de ces sûretés pour les créanciers qui en sont titulaires est qu'elles leur confèrent, soit un droit de suite, soit un droit préférentiel sur le bien cédé par le débiteur à titre de garantie. A titre d'illustration, les salariés d'une entreprise bénéficient par exemple du privilège des salaires qui leur permet d'être payés par priorité (V. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit. Les sûretés- La publicité foncière*, D.2016, 7^e éd., n° 768 ; égal. M. Cabrillac, Ch. Mouly, *op. cit.* n°1031 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.* n°779 s.).

est ainsi de la pratique du crédit en matière bancaire dans laquelle la vitalité de la créance constitue un enjeu économique et financier majeur¹³. Dès lors, il est fréquent que les dispensateurs de crédit exigent systématiquement des sûretés de leur client pour mieux protéger leur créance, de sorte qu'il est communément admis qu'il n'existe point de crédit sans sûreté.

5. Il en est également ainsi lors de la constitution d'une entreprise¹⁴. En effet, à travers les sûretés, le créancier entend clairement faire peser le risque d'insolvabilité du débiteur principal, soit sur le débiteur lui-même et son patrimoine¹⁵, soit sur un tiers et son patrimoine (cas du cautionnement). Deux opérations juridiques distinctes en ce qu'elles ne reposent pas sur le même patrimoine, mais qui renforcent la protection d'une créance ou d'un investissement. Comme l'indique un auteur, la sûreté est « l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en tout ou partie, directement ou indirectement »¹⁶.

6. Comme l'indique son nom, une sûreté a pour but de rendre « sûre » une créance ou son remboursement. Elle ne confère pas seulement, aux dispensateurs de crédit, le droit d'agir, sur un ou plusieurs biens déterminés, affectés prioritairement au paiement de la dette (sûreté réelle) par le débiteur lui-même, elle peut également permettre d'exercer ce droit sur le patrimoine d'un tiers intéressé ou non au rapport fondamental¹⁷ de telle sorte que celui-ci s'engage personnellement et *de facto* accepte de supporter le risque de non-paiement du débiteur. Ce type de sûreté, dite personnelle, qui s'entend de l'adjonction d'un ou de plusieurs engagements, permet

¹³A. Bénabent, *op. cit.* n° 2.

¹⁴V. en ce sens, S. Vermeille et B. Fremeaux, note sur l'avant-projet de loi relatif à la réforme du droit des sûretés, Dr. et croiss. 31 oct. 2017, p. 3 : « en pratique, (...) une caution sera systématiquement exigée par les banques, ou, à défaut, un nantissement sur compte bancaire bloqué (cette forme spécifique du nantissement sur compte bancaire est une sûreté réelle dont l'objectif est d'assurer au créancier un droit sur les sommes disponibles sur le compte du débiteur en les rendant indisponibles pour ce dernier. En cas de non-paiement de la part du débiteur, le créancier se fera payer sur les sommes ainsi rendues indisponibles) ». En droit OHADA cette sûreté est consacrée par les articles 136 à 139 AUS. Tandis qu'en droit français, elle trouve son fondement dans les art. L.211-20 s. C. mon. fin.

¹⁵V. *supra* n° 4 s.

¹⁶L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.* n°2, p.14.

¹⁷Le rapport fondamental est le lien juridique entre le créancier et le débiteur principal.

particulièrement au créancier de diviser le risque d'insolvabilité du débiteur sur plusieurs patrimoines¹⁸.

7. Les législateurs français et de l'OHADA distinguent, comme bien d'autres ¹⁹, plusieurs types de sûretés personnelles dont le cautionnement reste de loin l'archétype ²⁰. En effet, largement pratiqué dans les civilisations anciennes, il a pendant longtemps constitué la seule forme de sûreté personnelle admise dans les coutumes romano-germaniques dont le système juridique français a hérité (code civil de 1804) et par ricochet les systèmes juridiques des pays francophones. Sûreté personnelle par excellence²¹, le cautionnement trouve son fondement légal dans les articles 2288²² et suivants du code civil français et dans les articles 13 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

8. Le code civil français, et l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, adoptent, dans le fond, la même définition du cautionnement. Il s'agit d'un contrat par lequel un tiers (la caution) s'engage envers le créancier à payer la dette du débiteur principal si celui-ci est défaillant²³. Autrement dit, la formation du contrat de cautionnement nécessite la rencontre de la volonté des parties notamment celle de la caution qui s'engage unilatéralement à exécuter l'obligation du débiteur principal à l'égard du créancier. Peu importe la qualité des relations entre la caution et le débiteur, la première vient « aider » le second à exécuter son obligation, mais surtout à obtenir un avantage, une prestation d'un créancier. Il en est ainsi de l'entreprise qui

¹⁸V. M. Cabrillac, Ch. Mouly, *op. cit.* n°24.

¹⁹Pour le droit Allemand : V. M. Fromont et J. Knetsch, *Droit privé allemand*, LGDJ 2017, 2^e éd., n° 342 s.

²⁰Pendant longtemps le cautionnement a été la seule sûreté personnelle consacrée par le législateur et qui constitue, de ce fait, le modèle en la matière. Cependant, de nouvelles sûretés personnelles se sont développées avec la pratique du crédit. En droit français deux autres sûretés ont été consacrées par le législateur, à savoir la garantie autonome et la lettre d'intention (art.2287-1 C. civ. Issu de l'ordonnance du 23 mars 2006), tandis que le législateur africain n'a ajouté qu'une seule sûreté, la garantie autonome (art. 12 AUS) ; V. M. Bourassin et V. Brémont, *Droit des sûretés*, S. 2018, 6^e éd., n° 81.

²¹Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.* n°38.

²²Art. 2288 C. civ. (anc. art. 2011).

²³Art. 2288 C. civ. : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier (comme le débiteur principal) à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même » ; art.13 al. 1 AUS : « Le cautionnement est un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même »

souhaite obtenir un crédit d'investissement de la part d'un établissement bancaire, une garantie de son dirigeant est alors souvent nécessaire²⁴.

9. Par ailleurs, cette définition du cautionnement met en évidence ses caractères fondamentaux ainsi que sa finalité qui est celle de renforcer les chances du créancier d'être payé. A travers la caution, il dispose d'un patrimoine supplémentaire sur lequel il peut se faire payer. Autrement dit, en plus de son droit de gage général inhérent à l'obligation principale et commun à tous les créanciers, il peut se faire rembourser sa créance sur un ou plusieurs biens de la caution. Le cautionnement a alors pour finalité « d'ajouter au droit de gage général sur les biens du débiteur un ou plusieurs biens de gage général sur les biens d'une ou plusieurs supplémentaires »²⁵.

10. Cette finalité du cautionnement n'est pas nouvelle, elle trouve son origine dans la solidarité familiale ; elle remonte à l'époque romaine avec la pratique de l'*adpromissio*. Celle-ci consistait notamment à adjoindre un *promettant*, *adpromissor* (caution), au débiteur principal pour garantir sa dette. L'*adpromissio* a connu dans son évolution trois différentes formes dont les deux premières étaient la *sponsio* et la *fidepromissio*, la *fidéjussion* ou *fidéjussion* n'apparaissant pour la première fois que dans la loi Cornelia appliquée sous Cornélius Sylla²⁶. Si les deux premières n'étaient limitativement réservées qu'aux seuls citoyens romains et pérégrins, et étaient essentiellement civiles, la *fidéjussion* est apparue, dès son origine, comme une alternative à celles-ci dès lors qu'elle était accessible à tous et était appliquée à des obligations variées²⁷.

11. L'*adpromissio* avait pour but de garantir une dette, celle du *reus*, ce qui faisait de l'*adpromissor* (*sponsor*, *fidepromissor* et *fidéjusseur*) un débiteur adjoint au débiteur principal dont il acquittait la dette. Les créanciers avaient recours à cette garantie, car elle rendait sûre leur créance. La proximité relationnelle de l'*adpromissor* avec le débiteur renforçait ce sentiment, outre sa capacité à remplir la fonction de garant. De ce fait, après les différentes évolutions de l'*adpromissio*, il était fréquent qu'un membre de la famille se porte garant pour le débiteur, qu'un maître se porte garant pour son esclave.

²⁴H-L et J. Mazeaud et F. Chabas, sûretés-Publicité foncière, coll. Leçons de droit civil, Montchrestien, 7^e éd.

²⁵R. Tendler, Le cautionnement, reine éphémère des sûretés. D.1981, chron.129 s.

²⁶A. Alquié, De la fidejussion en droit romain. Du cautionnement en droit français, Th. Paris, impr. De E. Donnaud, 1874, p.3.

²⁷F. Festy, du cautionnement en droit romain et en droit français, Th. Caen, 1896, p. 5 ; A. Alquié, *ibid*.

12. Toutefois, si la proximité de l'*adpromissor* et du débiteur était privilégiée, cela tient au fait que le créancier était convaincu que le risque de mort ou d'esclavage que courrait le proche qui s'était porté caution, s'il ne remboursait pas la dette, allait conduire le débiteur à tout mettre en œuvre pour exécuter son obligation²⁸. En ce sens, l'*adpromissio* constituait un moyen de pression morale du créancier sur le débiteur²⁹. Ce dernier s'employait donc généralement à éviter l'opprobre qu'une mise en œuvre de la garantie aurait suscité³⁰.

13. Les proches du débiteur se sentaient également dans l'obligation, certes morale, de lui venir en soutien afin de lui permettre d'obtenir une prestation satisfaisante auprès du créancier. Il s'agissait donc pour la caution de poser un acte de bienfaisance notamment en faveur du débiteur. Autrement dit, le cautionnement constitue un acte d'amabilité ou un service que l'on se rend entre amis ou entre membres d'une même famille. C'est la raison pour laquelle il est traditionnellement qualifié de « contrat d'ami » ou de « service d'ami », car le *fidéjusseur* étant un proche du débiteur s'engageait à ses côtés sans contrepartie. C'est aussi pour cette même raison que le cautionnement est traditionnellement considéré comme un contrat à titre gratuit³¹ tant le fidejusseur poursuit un but désintéressé. Au-delà de cet aspect, l'adjonction du cautionnement à la relation qui unit le débiteur au créancier, qualifiée de rapport fondamental, implique l'existence du caractère accessoire du cautionnement. Que signifie-t-il ?

14. Il s'agit d'une notion transversale du droit et pluridisciplinaire. Dans le dictionnaire Larousse, l'accessoire est ce qui accompagne une chose principale, c'est ce qui est secondaire. L'accessoire ne se conçoit qu'en comparaison avec ce qui est principal de telle sorte qu'il n'existe pas par lui-même. Cela signifie que ce qui est accessoire n'existe et ne s'exerce que par référence à ce qui est principal³². En d'autres termes, dans le cadre du droit des sûretés dire qu'un engagement est accessoire signifie que ce dernier vient en appui d'un autre qui le précède et duquel il tient généralement sa raison d'être. De ce point de vue, toute forme de sûreté ou garantie fournie par

²⁸H-L et J. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.* somm.

²⁹J. Macqueron, obs. in Le cautionnement, moyen de pression dans la pratique contemporaine de Cicéron, *Annales fac. droit Aix-en-Provence*, 1958, p. 101 à 132.

³⁰M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.* n°44 (approche psychologique du rôle de la caution).

³¹Cette assertion est aujourd'hui contestable avec la bancarisation du cautionnement, c'est-à-dire qu'aujourd'hui les banques acceptent très souvent de se porter caution pour leurs clients en contrepartie d'une rémunération. *Contra* Pothier, *Obligations*, n°366.

³²Ph. Simler, Ph. Delebecque, *op. cit.* n°47.

un tiers a un caractère accessoire dès lors qu'elle s'appuie sur une relation juridique fondamentale qui la précède³³. Néanmoins, ce caractère accessoire commun à toute sûreté n'implique pas de conséquences majeures particulières sur la portée et l'exécution de l'engagement d'un garant contrairement au caractère accessoire inhérent au cautionnement.

15. Le cautionnement est un contrat accessoire car il vient s'ajouter à un contrat dont il garantit la bonne exécution³⁴ l'obligation de la caution a partie liée avec l'obligation de paiement à laquelle est tenue le débiteur principal. Il s'agit d'un caractère qui lui est propre³⁵ et qui permet de le distinguer des autres sûretés aussi bien personnelles que réelles. Cette particularité tenant à la nature accessoire de l'engagement de la caution fait l'objet d'une théorie dont le contenu mérite quelques observations qui constitueront les fondations de cette étude à savoir la détermination de la situation de la caution dans le cadre des procédures collectives. Dès lors, il conviendra d'examiner d'une part, l'approche générale de la règle de l'accessoire dans le droit commun du cautionnement (Section 1) et celle qui lui est particulièrement réservée dans le droit des procédures collectives (Section 2).

Section 1. La règle de l'accessoire

16. Plusieurs auteurs ont consacré leurs travaux à la notion d'accessoire appréhendée sous différentes formes³⁶, tandis que d'autres ont consacré les leurs à la règle, au principe, ou à la théorie éponyme³⁷. Le constat qui se dégage est que les deux approches se confondent. Plusieurs auteurs se contentent bien souvent d'utiliser l'une des notions à la place de l'autre sans en

³³Ph. Simler, Ph. Delebecque, *ibid.*

³⁴Dans ce sens toute sûreté, qu'elle soit personnelle ou réelle, est accessoire.

³⁵Les professeurs Bourassin et Brémond évoquent le caractère accessoire « renforcé » du cautionnement pour marquer la différence entre le caractère accessoire commun à toute sûreté et celui reconnu au cautionnement avec les conséquences particulières qu'il implique sur la caution (*op. cit.* n° 134).

³⁶D.R. Martin, L'engagement accessoire de codébiteur solidaire adjoint, RTD civ. 1994, p.49 ; M. Cottet, Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privée, préf. J. Rochfeld, LGDJ 2013 ; D. Grimaud, Le caractère accessoire du cautionnement, préf. D. Legeais, PUAM 2001 ; E. Brocard, La place du cautionnement dans les procédures de règlement du passif et de redressement judiciaire du débiteur. Essai sur la nature accessoire du cautionnement, Th. Reims, 1996 ; 1996 ; E. Kouakou, la portée du caractère accessoire du cautionnement, Th. Nice, 1985 ; G. Goubeaux, La règle de l'accessoire en droit privé, préface D. Tallon, LGDJ, coll. bibliothèque de droit privé, t.93, 1969.

³⁷M. Cottet, Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privée, préf. J. Rochfeld, LGDJ 2013 n° 6 s.

démontrer le lien, car bien qu'il soit étroit, il existe bel et bien³⁸. En effet, sans se contenter de substituer le caractère accessoire à la règle de l'accessoire, ils indiquent la distinction entre les deux notions tout en établissant le lien entre celles-ci. En ce sens, le caractère accessoire ne peut exister juridiquement qu'à partir du moment où des effets, un régime, lui correspondent. Il faut en déduire que c'est la règle de l'accessoire qui donne un sens et une portée juridique au caractère accessoire car celui-ci ne produit d'effets juridiques irréfutables par lui-même.

17. C'est dans cet esprit que cette étude sera abordée. D'abord cela implique de définir la règle de l'accessoire (Paragraphe 1). Celle-ci résulte d'un adage romain qui s'est imposé en droit français. Cet aspect historique de la règle nous conduira à examiner, ses premières illustrations, dans les deux droits mentionnés étudiés comparativement (Paragraphe 2,) et l'essor de son application au cautionnement (Paragraphe 3). Par ailleurs, il conviendra d'envisager les conséquences que génère cette règle sur l'engagement de la caution (Paragraphe 4). Enfin, il sera question de confronter la règle de l'accessoire et la finalité du cautionnement, deux notions souvent opposées (Paragraphe 5).

Paragraphe 1. La définition de la règle de l'accessoire

18. Traditionnellement fondée sur l'adage juridique *accessorium sequitur principale* ³⁹, que de nombreux universitaires ont pris pour thème de recherche⁴⁰, de façon particulière, dans le cautionnement⁴¹, la règle de l'accessoire est un classique du droit français. Non définie par le législateur de l'OHADA, la règle de l'accessoire fait partie du patrimoine du droit, car c'est une règle que toutes les disciplines du droit ont en partage. Elle s'applique, comme le souligne un auteur, « au droit des biens au droit des contrats, au droit des sûretés, au droit de la propriété

³⁸D. Grimaud, Le caractère accessoire du cautionnement, préf. D. Legeais, PUAM 2001 : un des rares auteurs à l'avoir réalisé est à notre connaissance Monsieur Grimaud.

³⁹ Cet adage signifie que l'accessoire suit le principal.

⁴⁰ M. Cottet, *op. cit.* n° 6 s.; V. également D.R. Martin, *op. cit.* p. 49.

⁴¹ D. Grimaud, *op.cit.* ; E. Brocard, La place du cautionnement dans les procédures de règlement du passif et de redressement judiciaire du débiteur. Essai sur la nature accessoire du cautionnement, Th. Reims, 1996 ; 1996 ; E. Kouakou, la portée du caractère accessoire du cautionnement, Th. Nice, 1985.

intellectuelle »⁴². A cette liste on pourrait ajouter le droit de la consommation et celui des procédures collectives⁴³.

19. Il résulte de l'ensemble de ces études une approche assez unanime de la règle de l'accessoire du cautionnement, c'est-à-dire un lien de dépendance tant dans l'existence que dans l'étendue d'une obligation dite accessoire à une obligation principale⁴⁴. L'adage *accessorium sequitur principale* en rend compte. En d'autres termes, le régime de ce qui est accessoire est calqué sur le régime de ce qui est principal.

20. Plusieurs auteurs ont néanmoins relevé le caractère traditionnellement dogmatique de cette règle en ce sens que son application ne nécessitait généralement pas la recherche de son contenu. Ce à quoi ils se sont attelés des années durant⁴⁵. Il s'est agi pour tous ces auteurs de tenter d'interpréter, d'expliquer, cette règle et de la préciser. Cet exercice scientifique louable et majeur a permis de dégager des éléments de définition de la règle de l'accessoire et ses implications pour mieux préciser sa substance. Néanmoins, ne pouvant aborder cette thématique dans toutes les disciplines du droit dans lesquelles elle trouve à s'appliquer, on se contentera de l'examiner dans le cadre du droit des sûretés. Ce choix bien qu'arbitraire est celui qui permet de mieux préciser les contours de la règle, car la matière choisie admet dans sa pratique des sûretés non accessoires.

21. La théorie de l'accessoire fait généralement l'objet d'une double approche de la part de la doctrine⁴⁶. En premier lieu, il existe une approche extensive du caractère accessoire d'une sûreté. Celle-ci consiste à considérer qu'une sûreté est accessoire lorsqu'elle est donnée par un tiers pour le compte d'un débiteur principal. Pour un auteur, l'accessoire qui a ici peu d'importance accompagne le principal qui est important⁴⁷. Autrement dit, l'accessoire existe parce qu'il sert les intérêts du principal. La caution ne s'engage que pour garantir le paiement de l'obligation du

⁴² J. Rochfeld, préf. in Essai critique de la théorie de l'accessoire en droit privé, M. Cottet, LGDJ, p. VII.

⁴³ P. Crocq, Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement, in Mél. Ph. Malaurie, Defrénois 2005, p.171 s. et RTD civ.2004, p. 535 s. ; D. Legeais, La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles, Dr. et patr. Avr. 2001, n°92, p. 68 s.

⁴⁴ Pour la définition exhaustive des termes « accessoire » et « principale », V. G. Goubeaux, *op. cit.* p. 19 s.

⁴⁵ D. Grimaud, *op. cit.* p. 19 s.; M. Cottet, *op. cit.* n°6 s.

⁴⁶ Ch. Juillet, Les accessoires de la créance, Defrénois 2009, n°10 et 11, y compris note bas de page 29 : l'auteur présente la double approche doctrinale de la notion d'accessoire qui consiste à distinguer la notion d'accessoire au sens large et celle au sens technique.

⁴⁷ G. Goubeaux, *op. cit.* n° 19 s.

débiteur principal, sans cet engagement la caution n'existe pas⁴⁸. De même, un débiteur accepte de mettre sa maison en garantie parce qu'il souhaite obtenir un prêt. L'accessoire n'est pas l'objectif, mais un moyen d'obtenir un prêt, lequel l'est en revanche. Il ne peut donc « y avoir d'accessoire qu'en présence du principal »⁴⁹. En réalité, cette conception de la théorie de l'accessoire met en exergue la relation débiteur principal/garant de telle sorte qu'elle implique de considérer que toutes les garanties sont par essence accessoires dès lors qu'elles sont prises en présence d'un rapport principal liant le débiteur au créancier.

22. En second lieu, il existe une approche cette fois-ci restrictive ou encore technique. Celle-ci appréhende le caractère accessoire par sa fonction normative de sorte que le caractère accessoire est ce qui permet de distinguer une garantie d'une autre⁵⁰. Si toutes les garanties sont accessoires au sens large, certaines, dont principalement le cautionnement, le sont davantage⁵¹, contrairement à la garantie à première demande dont le régime juridique est quasi-indépendant du rapport fondamental. Le créancier peut solliciter immédiatement le garant autonome sans conditions. Sous cet angle, la théorie de l'accessoire revêt une fonction distinctive ainsi que le souligne l'auteur précédent⁵².

23. Partant du postulat du caractère distinctif de la théorie de l'accessoire, il convient d'observer que la règle de l'accessoire s'applique à toutes les autres garanties de la même façon. La créance garantie deviendra exigible à l'égard du garant lorsqu'il sera établi que le créancier n'a pas été en mesure de recouvrer sa créance auprès du débiteur principal. Ceci sera aussi vrai pour la caution

⁴⁸G. Goubeaux, *ibidem* ; L. Aynès et P. Crocq, Droit des sûretés et de la publicité foncière, LGDJ 2018, coll. Cours, n°65.

⁴⁹M. Cottet, *op. cit.* n°12

⁵⁰D. Grimaud, *op. cit.* n°8.

⁵¹D. Grimaud, *ibidem* : l'auteur évoque en cela la fonction distinctive du caractère accessoire du cautionnement.

⁵²*Contra* : Ch. Juillet, *op.cit.* n°11 et s. : après avoir présenté la notion d'accessoire au sens technique c'est-à-dire comme ce qui suit le principal, l'auteur semble remettre en cause la double approche de cette notion dans la mesure où elle « sous-entend en effet que certains accessoires de la créance vont suivre le sort de la créance parce qu'ils sont accessoires au sens technique (*stricto sensu* de la notion d'accessoire) et que d'autres ne suivront pas le sort de la créance parce qu'ils sont accessoires au sens large ». Pour l'auteur, cette distinction contestable résulte d'une mauvaise interprétation du droit positif qui méconnaît les dispositions de l'article 1692 du code civil (abrogé par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, et remplacé par l'article 1321). En effet, l'exégèse de celui-ci invite à considérer que c'est parce qu'un élément est accessoire par nature qu'il suit le principal. Il existait selon l'auteur une nature accessoire par nature donc qui suit par la suite le principal. Il existait également une nature accessoire juridiquement autonome, laquelle concernait toutes les garanties, et un régime qui lui est affecté à ce titre, mais avec la particularité que ce régime s'appliquera à certaines (cas du cautionnement) et pas à d'autres (cas de la garantie autonome, par exemple).

que pour le tiers qui a affecté son bien en garantie. Ce premier niveau de distinction est le fruit du développement de ce nouveau type de garantie qu'est la garantie à première demande.

24. Par ailleurs, il existe une seconde distinction, celle existant entre les garanties personnelles, dont le cautionnement, et les garanties réelles, car dans la mise en œuvre de l'engagement de la caution la théorie de l'accessoire est plus active. La situation de la caution est plus intimement liée à celle personnelle du débiteur, ce qui n'est pas le cas des garants ayant affecté ou cédé un bien en garantie. En ce sens, s'il est vrai que la mise en œuvre du cautionnement et de l'hypothèque, pour ne prendre que ces deux exemples, obéit au principe d'exigibilité préalable de la créance, il n'en demeure pas moins que la caution, contrairement aux garants réels, peut opposer au créancier certaines prérogatives dont le débiteur principal aurait pu se prévaloir vis-à-vis de son créancier. C'est notamment le cas des exceptions inhérentes à la dette en principe, par opposition aux exceptions personnelles au débiteur⁵³.

25. Cependant, la règle de l'accessoire appliquée au cautionnement jouit d'un intérêt particulier car elle produit plus d'effets dans sa mise en œuvre. La règle revêt alors une autre envergure et semble renforcée comme l'indique un auteur⁵⁴. C'est notamment pour cette raison que l'on peut affirmer que l'engagement de la caution a un caractère accessoire qui lui est particulier, car de sa formation à sa mise en œuvre il implique certains effets qui lui sont propres. Dès lors, la règle de l'accessoire apparaît comme une norme possédant un contenu perceptible dans ses différentes manifestations.

Paragraphe 2. Les premières illustrations de la règle de l'accessoire en droit romain et droit français

26. À l'origine, la *sponsio* et la *fidepromissio* étaient des contrats accessoires, mais leur caractère accessoire n'impliquait pas des conséquences particulières sur l'exécution de leur engagement ou sur l'étendue de celui-ci. Ce caractère accessoire est celui que l'on reconnaît aujourd'hui aux

⁵³V. art. 2313 al. 1 C. civ. et art.29 al. 1 AUS ; V. *infra* n° 43 s. ; V. également Com. 13 oct. 2015, 14-19.734 : la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une procédure de conciliation contractuellement prévue ne concernant que les modalités d'exercice de l'action du créancier contre le débiteur principal et non la dette de remboursement elle-même, elle ne constitue pas une exception inhérente à la dette que la caution peut opposer au créancier.

⁵⁴M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n°134.

autres sûretés. L'*adpromissor* était tenu au même titre que le débiteur principal ; il était considéré comme un codébiteur solidaire⁵⁵. Sous l'empire du droit primitif romain, le créancier pouvait poursuivre la caution-*adpromissor* grâce à une action de bonne foi avant même de s'adresser au débiteur. Et le *sponsor* qui avait payé ne bénéficiait d'aucun recours en remboursement contre le débiteur principal⁵⁶. Juridiquement, le *sponsor* supportait définitivement la dette du débiteur au même titre que l'*expromissor*. Jadis, cette très grande rigueur du cautionnement était cependant mal perçue dans les mœurs romaines, car la caution ne bénéficiait d'aucun recours, d'aucune protection. Néanmoins, afin d'assouplir ce traitement rigoureux plusieurs règles de protection ont été instaurées à son profit. C'est d'ailleurs cette marque d'attention qui avait fini par entraîner le déclin et la désaffection de la *sponsio* et de la *fidepromissio* au profit de la *fidéjussio* technique de cautionnement du droit romain qui se rapproche du cautionnement tel qu'il est pratiqué aujourd'hui⁵⁷.

27. En réalité, c'est sous cette forme ancienne du cautionnement, dans un contexte de quête de protection de l'*adpromissor*, que les effets du caractère accessoire du cautionnement (avec toutes ses implications que l'on étudiera) ont été progressivement précisés notamment sous le règne de l'empereur Justinien et sous celui d'Adrien. D'abord, il s'est agi de reconnaître que le *fidéjusseur* n'était pas un « débiteur principal *bis* », mais plutôt un débiteur accessoire⁵⁸, d'où l'introduction du bénéfice de discussion, sous Justinien⁵⁹, qui permit au *fidéjusseur*, actionné par le créancier, d'exiger que les biens du débiteur principal soient préalablement discutés. Puis, d'autres règles de protection inhérentes au caractère accessoire du *fidéjusseur* ont suivi notamment celles qui visent à limiter l'engagement de la caution au maximum de ce que doit le débiteur principal. En d'autres

⁵⁵ H-L et J. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.* n° 9.

⁵⁶ C. Jallamion et C. Lissanti, *Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaines*, Dr. et patr. 2008, n° 172, p. 47.

⁵⁷ Elle supposait la préexistence d'un lien de droit et se distinguait des autres formes de cautionnement du fait qu'elle permettait à celui qui a payé de poursuivre le débiteur.

⁵⁸ A. Alquié, *op. cit.* p. 3 ; la *fidéjussio* suppose deux obligations, l'une principale qui est garantie et l'autre accessoire qui garantit la première c'est notamment celle du *fidejusseur*.

⁵⁹ Par la *novelle* IV Justinien introduit le bénéfice d'ordre et de discussion : le créancier ne peut poursuivre le *fidejusseur* qu'après avoir discuté les biens du débiteur principal et seulement pour ce qu'il n'a pas pu obtenir de lui.

termes, le *fidéjusseur* ne pouvait s'obliger de manière à devoir plus que le débiteur principal⁶⁰ (Gaius, III, §126), selon l'adage *Plus in accessione esse non protest quam in principalire*⁶¹.

28. Cependant, si les jalons du caractère accessoire, particulier, ou renforcé⁶², pour certains, ont été posés dans l'évolution de la *fidéjussion* du droit romain, ceux-ci ont été définis et éprouvés dans la pratique moderne du cautionnement à tel point que l'on fait de ce caractère sa clé de voûte. Celui-ci a fait l'objet de nombreux écrits et a pris aujourd'hui une place importante dans la détermination du régime du cautionnement. En droit français, la protection de la caution et les implications du caractère accessoire résultant du cautionnement ont été définies à l'époque féodale avec l'essor d'une forme de garantie, dite « *pleigerie -detterie* », qui évoque de près le cautionnement moderne, car elle supposait la préexistence d'une dette en même temps qu'elle permettait à celui qui a payé de poursuivre le débiteur. Néanmoins, il convient d'observer l'évolution concomitante des différentes formes originelles de cautionnement et le processus de protection de la caution⁶³ non sans conséquence pour son attractivité. De ce fait, certains créanciers, se sentant moins protégés par ces nouvelles mesures en faveur de la caution, s'étaient détournés du cautionnement au profit d'autres mécanismes de garantie⁶⁴, quand ils n'exigeaient pas la renonciation des cautions à certaines de ces mesures de protection. Pour autant, cela n'a pas empêché l'essor de la construction de la règle de l'accessoire applicable au cautionnement.

Paragraphe 3. L'essor de l'application de la théorie de l'accessoire au cautionnement

29. En droit français, le code civil s'est adapté au contexte sus décrit, mais n'a pas su définir le cautionnement. Le législateur a indiqué les principaux caractères du cautionnement tels que sa finalité et surtout son caractère accessoire. On peut ainsi lire que « celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait

⁶⁰ C. Jallamion et C. Lissanti, *op. cit.* p. 47.

⁶¹ A. Alquié, *op. cit.* p.24.

⁶² M. Bourassin et V. Vrémond, *op. cit.* n° 134.

⁶³ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 45 s. : reprennent l'analyse de A. Cerles et M. Séjean qui estiment que seuls « trois articles du code civil relatifs au cautionnement ont été modifiés depuis 1804, à chaque fois dans le sens des intérêts de la caution » ;

⁶⁴ En effet, objet dans son évolution d'une certaine désaffection au regard de l'excès de protection conféré aux cautions, le cautionnement, à la suite de plusieurs interventions judiciaires semble profiter aujourd'hui d'un phénomène de réhabilitation et rencontrer à nouveau les faveurs des créanciers.

pas lui-même »⁶⁵ (anc. art. 2011 devenu art. 2288). On pourra donc saluer l'effort de définition du législateur communautaire africain qui, aux termes des dispositions de l'article 13 AUS⁶⁶, définit le cautionnement comme « un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas ». En revanche, ces deux articles précisent la finalité du cautionnement telle que jadis appréhendée et la portée de son caractère accessoire.

30. Il est remarquable de constater l'ampleur que le caractère accessoire a pu prendre dans le droit français du cautionnement depuis sa codification. Le caractère accessoire n'est plus une simple caractéristique du cautionnement, il est devenu une « marque », une théorie, que la doctrine et le législateur ont pendant longtemps sacralisée⁶⁷ avant de limiter progressivement ses implications. Toutefois, il demeure une constante dans l'évolution du cautionnement dans l'ancien droit romain et le droit français ; le renforcement de la protection de la caution⁶⁸ et l'essor de son caractère accessoire ont presque eu une même trajectoire, ce qui ne peut être une coïncidence. Le renforcement par les différents législateurs de la protection du fidéjusseur s'accompagnait de la mise en exergue de son caractère accessoire.

Par exemple l'idée de protéger l'étendue de l'engagement de l'*adpromissor*, afin que le créancier ne lui demande pas un paiement au-delà de ce que doit le *reus*⁶⁹, a permis de dégager la règle, *plus in accessione esse non protest quam in principalire*, inhérente au caractère accessoire. Autrement dit, le fidéjusseur ne doit pas payer (quantitativement)⁷⁰ plus que le débiteur principal. C'est d'ailleurs là une des conséquences du caractère accessoire de l'engagement de la caution que nous évoquerons.

31. Le lien entre la protection de la caution et le caractère accessoire de son engagement est d'évidence, les conséquences souvent prêtées au caractère accessoire ont pour but de protéger la caution de façon générale. Cette idée repose sur la maxime *accessorium sequitur principale* c'est-

⁶⁵ Cependant, force est de constater que le code ne fournit aucune définition du contrat de cautionnement ou du moins il le définit à partir de l'objet de l'obligation de la caution : éviter au créancier un impayé.

⁶⁶ Acte Uniforme OHADA portant organisation des sûretés.

⁶⁷ D. Grimaud, *op. cit.* n° 8

⁶⁸ A.S. Barthez et D. Houtcieff *op. cit.* p.48 s. Pour le Professeur Houtcieff, la notion d'accessoire n'émergera véritablement qu'avec Justinien.

⁶⁹ L'étendue de l'obligation de la caution est déterminée par celle de l'obligation principale.

⁷⁰ V. en ce sens A. Alquié, *op. cit.* p.2.

à-dire l'accessoire (engagement de la caution) suit le principal (engagement du débiteur principal). Elle n'invite pas simplement à considérer que le cautionnement suppose nécessairement une dette principale à garantir, mais surtout elle met en exergue le fait que « la caution ne s'engage pas à titre principal à l'égard du créancier, mais seulement en prévision de l'insolvabilité du débiteur ; elle s'engage pour le cas où le débiteur ne paierait pas »⁷¹. L'engagement de la caution, comme celui, jadis, du *fidéjusseur*, ne consiste pas à affranchir le débiteur principal de son obligation, la caution ne vient pas en remplacement du débiteur principal dans l'exécution de son obligation. De même qu'elle ne s'engage pas à l'égard du créancier comme un codébiteur solidaire c'est-à-dire pour elle-même, mais pour garantir au créancier l'exécution de la prestation que lui doit le débiteur si celui est défaillant⁷².

32. L'une des particularités du caractère accessoire du cautionnement réside dans le fait qu'il n'est point expressément évoqué dans le code civil, encore moins défini par le législateur, et ce constat n'est pas le seul fait du législateur français ou africain. Il existe dans la plupart des systèmes juridiques un défaut de définition du caractère accessoire. Tous se contentent d'appréhender le caractère accessoire du cautionnement ou la théorie éponyme à travers ses conséquences⁷³.

33. La règle de l'accessoire vise à protéger l'engagement de la caution, dans son existence (validité et extinction), son étendue et son exécution⁷⁴, de telle sorte que le régime du cautionnement est intimement lié à celui de l'obligation du débiteur principal. Dès lors, les conditions de son exécution et de son extinction sont déterminées par la relation fondamentale existant entre le débiteur principal et le créancier, ainsi tout ce qui affecte la dette du débiteur principal se répercute inéluctablement sur l'obligation de la caution.

D'ailleurs, cela permet de distinguer ce qui est accessoire de ce qui est subsidiaire, car la subsidiarité est « le caractère de ce qui est destiné à suppléer ce qui viendrait à faire défaut, ce qui

⁷¹ H., L. et J. Mazeaud, *op. cit.* n° 15.

⁷² L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.* n° 120 à 122.

⁷³ F. Chaudet, A. Cherpillod et J. Carlos Landrove, *Droit suisse des affaires*, Helbing Lichtenhahd-Bruylant, LGDJ 2010, 3^e éd. (code des obligations du 30 mars 1911).

⁷⁴ V. D. Grimaud, *op. cit.* n° 489. L'auteur définit le caractère accessoire du cautionnement comme « cette qualité qui place l'obligation de la caution dans une relation de dépendance unilatérale à l'égard de la créance dont elle garantit la satisfaction » ; Ph. Simler, *op. cit.* n° 47, p. 52.

n'implique pas que les contours et modalités de l'obligation soient calqués sur la dette principale »⁷⁵. La théorie de l'accessoire défend donc cette idée que l'accessoire ne peut exister sans le support principal. Par exemple, la nullité de l'obligation principale au sens de l'article 2289 al.1 du code civil, libère la caution de son engagement⁷⁶.

34. Si cette règle a fait l'unanimité dès son origine, plusieurs auteurs qui ont tenté de la justifier⁷⁷ ont relevé ses limites⁷⁸ et contesté son caractère jadis « absolu »⁷⁹. L'objectif n'est pas de refaire ces débats, qui au demeurant ont permis de mieux appréhender les conséquences de la notion, mais plutôt d'en mesurer la portée notamment en droit des procédures collectives. Dès lors, le rôle majeur du caractère accessoire du cautionnement consiste à protéger la caution des dangers liés à son engagement, car « comme toute médaille, et comme toute institution humaine, le cautionnement a son revers »⁸⁰. Comment se manifeste cette protection ?

Paragraphe 4. Les conséquences inhérentes au caractère accessoire du cautionnement

35. La codification du caractère accessoire du cautionnement a donné plus de lisibilité aux conséquences de la règle éponyme qui fixe son régime juridique. Celui-ci consiste à protéger la caution de certaines mauvaises pratiques du passé qui faisaient qu'elle était souvent plus durement traitée que le débiteur principal. D'où le rôle pratique de la règle de l'accessoire appliquée au cautionnement⁸¹ qui consiste à protéger l'engagement de la caution durant toute son existence c'est-à-dire de sa formation⁸² à son extinction⁸³.

⁷⁵ A-S Barthez et D. Houtcieff, *Traité de droit civil-Les sûretés personnelles*, LGDJ 2010, n° 50.

⁷⁶ V.cep. en sens contraire, Cass. ch.mixte, 8 juin 2007 n° 03-13.602, JCP G 2007, II, 101138, obs. Ph.Simer ; C. Jallamion et C. Lissanti, *op. cit.* p. 51.

⁷⁷ Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Librairies techniques, préf. M. Cabrillac ; D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, préf. D. Legeais ; M. Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire*, LGDJ, préf. J. Rochfeld ; Ch. Juillet, *Les accessoires de la créance*, Defrénois, préf. Ch. Larroumet, *op.cit.*

⁷⁸ C. Jallamion et C. Lissanti, *op. cit.* n° 51 s.

⁷⁹ D. Grimaud, *op. cit.* n° 8.

⁸⁰ L. Guillouard, *Traité du cautionnement et des transactions*, Livre III titre XIV et XV du code civil, Librairies de la cour d'appel et de l'ordre des avocats 2^e éd., Paris 1895, n°27.

⁸¹ Par opposition au rôle de qualification ou catégorique du caractère accessoire de l'engagement de la caution. Le caractère accessoire permet en effet de distinguer le cautionnement d'autres sûretés personnelles notamment les garanties autonomes.

⁸² Droit français : art. 2289 (anc. art. 2012) et 2290 (anc. art. 2013) ; Droit OHADA : art. 17 AUS (anc. art. 7) : « Le cautionnement ne peut exister que si l'obligation principale garantie est valablement constituée. (...) L'engagement

36. Cependant, il est généralement admis que c'est sous le règne de Justinien et sous la plume de Pothier que le caractère accessoire du cautionnement, dans sa conception moderne, a émergé et a été systématisé⁸⁴ tout comme la règle éponyme. Celle-ci repose notamment sur l'existence d'une unicité de dette c'est-à-dire que la caution est tenue de la même dette que le débiteur principal bien qu'il existe deux rapports juridiques différents. Partant de ce postulat la règle de l'accessoire implique une série de conséquences que la doctrine, notamment Pothier⁸⁵, et la jurisprudence ont eu le mérite d'expliquer et de conceptualiser progressivement. Ces conséquences, sous forme en principe de règles immuables, dont les prémices remontent au droit romain, sont consacrées par le droit positif, français et africain.

37. Le premier corollaire du caractère accessoire résulte de l'article 2289 du Code civil français⁸⁶, au terme duquel, « le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable ». Son équivalent en droit OHADA est l'alinéa 1 de l'article 17 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Ces dispositions signifient qu'*a priori* la caution ne peut garantir une obligation nulle sur le fondement de l'adage *accessorium sequitur sortem rei principalis*. Autrement dit, la caution ne saurait cautionner une obligation principale inexistante⁸⁷. Ce qui n'a pas toujours été le cas avec la *sponsio* dans laquelle le *sponsor* était par principe considéré comme un débiteur solidaire⁸⁸ et non accessoire⁸⁹.

38. En tout état de cause, en l'absence de l'obligation principale le cautionnement est sans support, il ne peut exister indépendamment de celle-ci à laquelle il doit nécessairement se joindre. C'est pourquoi l'invalidité de l'obligation principale entraîne celle accessoire de la caution⁹⁰. Ce principe n'est pas absolu. Le législateur prévoit la validité du cautionnement dans certains cas

de la caution ne peut être contracté à des conditions plus onéreuses que l'obligation principale, sous peine de réduction à concurrence de celle-ci, ni excéder ce qui est dû par le débiteur principal au moment des poursuites ».

⁸³ Droit français : art. 2313 ; Droit OHADA : art. 25 al.1^{er} AUS : « L'extinction partielle ou totale de l'obligation principale entraîne, dans la même mesure, celle de l'engagement de la caution ».

⁸⁴ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 51 s.

⁸⁵ Pothier, *op. cit.* n° 173 s.

⁸⁶ Art. 2289 C. civ. (anc. art. 2012)

⁸⁷ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 68 : une obligation qui n'est pas valable.

⁸⁸ L. 12 §1, D. de *diobus reis* ; V. art. 1208, 2 C. civ.

⁸⁹ R. Thisse, *Etude comparée sur l'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité*, Th. Montpellier, 1895, p. 16.

⁹⁰ G. Goubeaux, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préface de D. Tallon, LGDJ, bibl. de droit privé, t93, 1969, n° 24, p. 44 s.

bien déterminés notamment lorsque la caution garantit l'obligation contractée par un mineur⁹¹. A cette hypothèse, la jurisprudence ajoute, dans certaines conditions, la validité du cautionnement de la dette du débiteur dont le consentement est affecté par un dol⁹².

39. Ensuite, un auteur déduit que la caution (le cofidéjusseur) « ne peut s'obliger à des conditions plus dures que le principal obligé, car l'obligation accessoire ne peut surpasser la principale »⁹³. Cette conséquence est traduite en droit français par la règle selon laquelle « le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses »⁹⁴. L'idée force ici est que la caution s'oblige envers le créancier à payer ce que le débiteur principal doit au créancier, elle s'oblige à la même chose que le débiteur principal ; la caution ne s'engage « que parce que et dans la mesure où le débiteur principal est obligé envers le créancier »⁹⁵. Il en résulte d'un côté que l'étendue de l'obligation de la caution se limite à la prestation de la chose même à laquelle le *reus* est obligé et pas à autre chose. Cela signifie qu'il doit y avoir une identité d'objet entre l'obligation de la caution et celle du débiteur principal.

40. A l'origine⁹⁶, lorsqu'il promettait la même prestation que le débiteur principal, le *fidéjusseur* ne pouvait pas s'obliger de manière à devoir plus que celui pour qui il s'est obligé⁹⁷ selon l'adage *Plus in accessione esse non protest quam in principalire*⁹⁸. Dans le sens d'une évaluation quantitative de l'obligation de la caution, celle-ci ne pouvait être étendue au-delà de l'obligation du débiteur principal. C'est la raison pour laquelle le contrat de cautionnement fixe en réalité le seuil que l'obligation de la caution ne peut pas franchir de sorte qu'elle a « la possibilité de

⁹¹ Art. 2289 al. 2 C. civ. et art. 17 al.1 AUS.

⁹² Civ.1^{ère}, 28 juin 1978, Bull. civ. I, n° 246 : le dol (manœuvres, mensonges ou dissimulation intentionnelles d'une information déterminante pour le consentement de l'autre partie au contrat) ne peut entraîner la nullité que s'il émane du concontractant. Une solution désormais consacrée par le législateur depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 (art. 1137 s. C. civ.) ; v. également en ce sens Civ. 1^{ère}, 13 mai 2003, n° 01-11.511, D. 2004, 262, note Mazuyer ; D. 2003, AJ. 2308, obs. V. Avena-Robardet (2^e espèce) : dans ces arrêts, la Cour de cassation décide l'annulation du cautionnement sur le fondement du dol par réticence suite au manquement à l'obligation de bonne foi (art. 1104 C. civ., anc. art. 1134 al. 1) du créancier (Civ. 1^{ère}, 165 mai 1996, JCP 1996, II, 22736, note X. Lucas) ; L. Aynès et P. Crocq, *op.cit.* n° 215. Pour les limites du dol comme cause de nullité du cautionnement : D. Legeais, Droit des sûretés et garanties du crédit, LGDJ 2017, 12^e éd., n° 102 ; v. également, Civ. 1^{ère}, 18 fév. 1997, n° 95-11.816, Gaz. Pal. 1997, 2, somm. 446, obs. S. Piedelièvre.

⁹³ Pothier, n°344.

⁹⁴ Art. 2290 al. 1 (anc. art. 2013) C. civ. et art. 17 al. 3 AUS.

⁹⁵ L'engagement de la caution est calqué de tout instant sur l'engagement du débiteur.

⁹⁶ F. Festy, *op. cit.* p. 38.

⁹⁷ Gaius, III, §126.

⁹⁸ A. Alquié, *op. cit.* p. 24.

restreindre son engagement par rapport à l'obligation principale »⁹⁹. L'obligation de la caution peut être moins importante que celle du débiteur principal. Cela était notamment exprimé par l'adage *Fidejussores et in partem pecuniae et in partem rei reple accipi possunt* (L. 9 D., h.lit)¹⁰⁰. Il faut en conclure que la règle de l'accessoire, dans sa quête de protection et de nivellement, peut s'effacer lorsque justement la protection des intérêts de la caution l'impose. De plus, cette conséquence de la théorie de l'accessoire s'applique aussi bien lors de la formation du contrat principal que durant son exécution. En ce sens, le législateur africain indique qu'une fois le cautionnement conclu, le « débiteur principal ne peut aggraver l'engagement de la caution par une convention postérieure »¹⁰¹.

41. Aussi, convient-il d'observer que, le cautionnement « étant une obligation accessoire à celle du principal débiteur, l'extinction de l'obligation principale entraîne aussi l'extinction du cautionnement » pour la simple raison « qu'il est de la nature des choses accessoires de ne pouvoir subsister sans la chose principale »¹⁰². Le code civil et l'Acte uniforme portant organisation des sûretés¹⁰³ affirment avec force cette conséquence du caractère accessoire en disposant que toute extinction partielle¹⁰⁴ ou totale¹⁰⁵ de l'obligation principale éteint partiellement ou totalement l'engagement de la caution. Ces précisions du législateur et de la doctrine ont pour but d'écarter les dangers qui guettent en permanence la caution dans l'exécution de son engagement. Le danger pour la caution consisterait à lui faire payer une somme supérieure à celle que doit le débiteur principal, c'est la raison pour laquelle par application de la théorie de l'accessoire le législateur encadre et limite l'étendue de l'engagement de la caution qui ne peut excéder celle de la dette principale¹⁰⁶, ainsi que nous l'indiquions précédemment.

42. Un autre danger lié à l'étendue de l'engagement de la caution peut apparaître lorsque, *a posteriori*, la caution doit finalement supporter définitivement la charge de la dette principale.

⁹⁹ Me C. Letulle –Joly, Les garanties du financement- Le cautionnement, 82^e congrès des notaires de France, Nice 1986, p. 94. V. également, A. Alquié, *op. cit.* p. 24.

¹⁰⁰ F. Festy, *op. cit.* p. 38.

¹⁰¹ Art. 17 al. 4 AUS.

¹⁰² Pothier, *op. cit.* n° 350.

¹⁰³ Art. 36 al. 1 AUS (anc. art. 25 al. 1).

¹⁰⁴ Nous faisons allusion à une remise partielle ou un paiement partiel.

¹⁰⁵ Il est davantage question du paiement intégral ou de la compensation.

¹⁰⁶ Art. 2290 C. civ. et art. 7 al.3 AUS.

Dans cette hypothèse elle serait considérée comme un débiteur principal, ce qu'elle n'est pas. La caution en tant que débiteur accessoire ne peut supporter la charge définitive de l'obligation du débiteur. En supportant définitivement la charge de la dette principale la caution paie plus qu'elle ne devrait et est plus durement traitée que le débiteur, et, ce, contrairement aux dispositions des articles 2290 alinéa 1 du code civil français et 17 alinéa 1 AUS. Il en est généralement ainsi lorsque les conditions d'exercice du recours en remboursement de la caution ne sont plus réunies du fait du créancier ou par l'action normative du législateur notamment dans le cadre des procédures collectives. En ce sens, la privation des recours en remboursement altère la règle de l'accessoire¹⁰⁷ ; la doctrine¹⁰⁸. est parfois nuancée. Il conviendra donc d'examiner la question relative à l'effectivité des recours en remboursement de la caution. Les mesures de faveur accordées au débiteur par le législateur peuvent entraîner un affaiblissement de la protection de la caution inhérente à la règle de l'accessoire.

43. A côté de ces conséquences classiques de la règle de l'accessoire, il faut y ajouter celle, moins nette mais pertinente, résultant de la distinction, traditionnellement contestée, entre les exceptions inhérentes à la dette, et celles purement personnelles au débiteur, consacrée expressément en droit français¹⁰⁹ et implicitement en droit OHADA¹¹⁰. L'intérêt de cette distinction est fondamental pour la caution ; le législateur lui permet de se prévaloir des premières¹¹¹, que le cautionnement soit solidaire ou non. Au sens du droit commun du cautionnement, la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions ou moyens de défense dont dispose le débiteur principal et qui sont inhérents à la dette conformément aux dispositions de l'article 2313 al. 1 du code civil¹¹² et l'article 29 alinéa 1 AUS¹¹³. Cette règle repose notamment sur l'adage *Omnes exceptiones quoe*

¹⁰⁷ V. en ce sens G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil. Les sûretés-La publicité foncière*, 2^e éd., Sirey, 1987 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les sûretés- La publicité foncière*, 10^e éd., par L. Aynès, Cujas 1998, n° 100.

¹⁰⁸ D. Grimaud, *op. cit.* n° 5.

¹⁰⁹ Anc. art. 2036 C. civ. (devenu art. 2313).

¹¹⁰ Anc. art. 18 AUS (devenu art. 29).

¹¹¹ C'est l'application de la règle de l'opposabilité des exceptions qui postule que la caution peut se défendre contre le créancier en puisant dans les arguments que le débiteur principal pourrait élever contre ce dernier.

¹¹² Ce texte distingue effectivement les exceptions inhérentes à la dette et dont la caution peut se prévaloir envers le créancier, et celles purement personnelles au débiteur qui ne peuvent pas être opposées par la caution (art. 2313 *in fine*). Toutefois, il s'agit d'une disposition qui est fortement contestée par la doctrine et une partie de la jurisprudence qui estiment qu'une telle distinction est difficile à mettre en œuvre et qu'elle n'a pas lieu d'être ainsi que le souligne le Doyen Simler (cautionnement et garanties autonomes, Litec, 3^e éd., 2000, n° 49).

¹¹³ Toute la différence entre le cautionnement et la garantie autonome réside aussi dans le fait que le garant autonome ne peut opposer au créancier, au regard de la nature de son engagement, les exceptions en relation avec l'obligation du débiteur principal dans la mesure où à « aucun moment la garantie autonome n'est en relation avec l'obligation

*reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo, competunt*¹¹⁴ (L. 19, D., de except). En revanche, toutes celles que le législateur ou la jurisprudence considèrent comme purement personnelles au débiteur ne pourront être invoquées par la caution.

44. Le législateur de l'OHADA retient la notion d'exception inhérente à la dette¹¹⁵, l'exception purement personnelle au débiteur est totalement absente de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Ce qui distingue idéologiquement le droit OHADA du droit français. La réforme du droit français des sûretés en cours¹¹⁶ ne semble pas s'orienter vers la suppression de cette distinction controversée. En revanche, elle uniformise leur régime sur le fondement de la règle de l'accessoire¹¹⁷ de sorte que la caution peut en principe se prévaloir de toutes les exceptions appartenant au débiteur qu'elles soient personnelles ou inhérentes à la dette.

45. Au surplus, le législateur de l'OHADA semble se démarquer également de son homologue français en ce sens qu'il a défini la notion d'exception inhérente à la dette. Il présente cette dernière comme une exception qui concerne directement la dette du débiteur principal pour modifier son *quantum* ou ses modalités. Cette définition correspond parfaitement au sens de la distinction consacrée en droit français¹¹⁸. La doctrine française analyse ainsi les exceptions inhérentes à la dette comme des « moyens de défense résultant d'une extinction de l'obligation principale ou d'une modification de sa substance qualitative ou quantitative »¹¹⁹. Une

principale » (L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.* n° 337, p. 202 ; v. également art. 2321 al. 2 du projet de réforme du droit français des sûretés).

¹¹⁴ Toutes les exceptions qui conviennent au débiteur principal conviennent aussi au *fidejussor*, qui peut s'en prévaloir.

¹¹⁵ Art. 29 al.1 AUS.

¹¹⁶ Ass. Henri Capitant, Avant-projet de réforme du droit des sûretés, document de travail, p. 5 et p. 55 : art. 2299 al. 1 : « La caution peut opposer aux créanciers toutes les exceptions, personnelles ou inhérentes à la dette, qui appartiennent au débiteur ». Malgré le maintien de cette distinction, le projet de réforme semble réduire à peau de chagrin l'intérêt traditionnel de celle-ci.

¹¹⁷ Ass. Henri, Capitant, *op. cit.* p. 55; M. Grimaldi, D. Mazeaud, Ph. Dupichot, Présentation d'un avant-projet de réforme des sûretés, D. 2017, p. 1718.

¹¹⁸ V. *supra* n° 43

¹¹⁹ M. Cottet, *op. cit.* n° 293.

combinaison de ces deux définitions paraît rendre davantage compte de tous les évènements qui touchent directement la dette principale¹²⁰.

46. Les exceptions inhérentes à la dette sont des moyens de défense dont dispose le débiteur et qui portent directement sur la dette principale pour, chronologiquement, modifier son *quantum* ou ses modalités et l'éteindre. Peu importe que ce moyen de défense résulte d'un évènement intervenu lors de la formation du contrat de cautionnement ou non¹²¹. Toutes les autres exceptions constitueront en principe des exceptions dites personnelles au débiteur.

47. Il résulte de ces premières observations sur la distinction entre les exceptions, opposables ou non par la caution, que l'opposabilité des exceptions inhérentes à la dette constitue bien une conséquence de la théorie de l'accessoire ; la situation de la caution est alignée sur celle du débiteur principal¹²², conformément à l'adage *accessorium sequitur principale*. Dans le cadre des procédures collectives, comme nous allons le voir, une réponse nuancée est apportée à la question de savoir si la caution peut se prévaloir des mesures de faveur accordées au débiteur par le législateur. Si le caractère de ce qui est inhérent à la dette peut parfois être discutable, il n'en reste pas moins que certaines modalités de la dette sont incontestablement inhérentes à cette dernière, et donc, en principe, opposables par la caution. Par exemple, l'exception inhérente à la dette est logiquement retenue lorsqu'il y a extinction de la dette principale, la caution poursuivie peut s'en prévaloir pour se décharger de son obligation. Les législateurs français et OHADA en reconnaissent le bien-fondé.

48. De même, la modification de l'exigibilité de la dette constitue une exception inhérente à la dette. La caution peut également en profiter sur le fondement de la règle de l'accessoire parce que la caution ne peut être traitée *in duriorum causam*. Les exceptions inhérentes à la dette sont une conséquence de la règle de l'accessoire¹²³, au même titre que toutes celles traditionnellement

¹²⁰ V. en ce sens M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 139 : les auteurs font une analyse complète sur la distinction des notions d'exception purement personnelle au débiteur et d'exception inhérente à la dette.

¹²¹ C'est par exemple le cas lorsque le débiteur convient frauduleusement de taire la prescription de sa dette. Dans cette hypothèse, la caution peut invoquer cette prescription pour obtenir l'extinction de son obligation (Cass.1^{ère} civ., 10 déc. 1991 : Bull. civ. I, n° 348).

¹²² Pothier, *op. cit.* n° 377.

¹²³ M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.* n° 139.

liées à l'exigibilité ou à l'étendue de l'obligation de la caution¹²⁴, elles assurent la protection de la caution.

49. La règle de l'accessoire lie la situation de la caution à la situation du débiteur, lorsqu'elle lui est favorable, sous l'effet de la loi y compris celle des parties. Des atteintes lui sont portées dans le cadre des procédures collectives ; la finalité du cautionnement est alors avancée, que l'on oppose généralement au caractère accessoire du cautionnement.

Paragraphe 5. La règle de l'accessoire et la finalité du cautionnement.

50. Il est indispensable de s'accorder préalablement sur le sens à donner à la « finalité du cautionnement » afin d'apprécier la qualité des rapports qu'elle entretient avec la règle de l'accessoire. Ce besoin de précision résulte du fait que ces deux aspects, dans le contexte du cautionnement, s'opposent. Pourtant, il y a lieu de relever que cette opposition est parfois trop systématique si bien que le véritable sens de la notion de finalité est parfois éludé. Il y a lieu de relativiser cette opposition. A cet effet, il convient d'observer que le dictionnaire Larousse définit la finalité comme le caractère de ce qui a un but, une fin c'est-à-dire un objectif. Appliquée au cautionnement, la finalité revient à préciser l'objet du cautionnement. Or, en droit commun une double approche est proposée pour analyser la notion d'objet notamment en distinguant d'un côté l'objet du contrat¹²⁵, de l'autre celui de l'obligation du débiteur¹²⁶. De plus, malgré la suppression du substantif « objet » par l'ordonnance du 10 février 2016¹²⁷, dans une bonne partie des dispositions du code civil, la notion d'objet n'en reste pas moins prégnante en droit commun. Elle est remplacée par deux autres substantifs, le contenu du contrat¹²⁸ et la prestation¹²⁹. Ce qui implique de distinguer le contenu du contrat de cautionnement de la prestation de la caution¹³⁰.

¹²⁴ V. *supra* n° 46

¹²⁵ Art. 1108 al. 4 C. civ.

¹²⁶ Art. 1126 C. civ.

¹²⁷ Ord. 10 fév. 2016, préc.

¹²⁸ Art. 1162 C. civ.

¹²⁹ Art. 1163 C. civ. ; V. en ce sens Ph. Malinveau, D. Fenouillet et M. Mekki, *op. cit.* n° 260 s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munk, *op. cit.* n° 596 s.

¹³⁰ Art. 1163 C. civ. : Il s'agit d'une part, de l'objet de l'opération juridique envisagée dans sa globalité en l'occurrence la garantie fournie au créancier par le contrat de cautionnement, d'autre part, l'objet de l'obligation du débiteur principal ou accessoire concerne la prestation fournie par la caution au créancier c'est-à-dire le paiement

51. Afin de dissiper certaines confusions concernant principalement la finalité du cautionnement, deux de ses caractères essentiels et indissociables peuvent être rappelés. La finalité du cautionnement présente un caractère psychologique qui concerne le créancier en ce sens que l'engagement de la caution le place dans un état de quiétude dans ses rapports avec le débiteur principal¹³¹. Le cautionnement a donc pour but de rassurer le créancier qu'il ne perdra pas sa créance, qu'il ne supportera pas le risque d'insolvabilité du débiteur. Bien entendu ce risque n'est recherché ni par le créancier, ni par le débiteur encore moins par la caution. Il est simplement aléatoire. A cet égard, une banque adhère plus facilement au projet de financement d'une entreprise dès lors que celle-ci lui apporte une garantie suffisante de paiement, du crédit qu'elle lui octroie. Elle se dit que quoi qu'il arrive, elle sera payée par le débiteur principal lui-même, ou par la caution.

52. Pour autant, le créancier qui n'est pas engagé dans le contrat de cautionnement a conscience que la caution n'est pas son débiteur principal, mais simplement un débiteur (accessoire) éventuel qui répondra de son engagement ultérieurement si le risque d'insolvabilité du débiteur se réalise. Le créancier est donc préparé psychologiquement à ne recevoir satisfaction de la part de la caution que si l'évènement aléatoire de la défaillance du débiteur se produit. Il en est de même pour la caution. On est ici en présence même de la dimension économique du cautionnement.

53. La finalité du cautionnement présente un caractère technique qui est le corollaire du premier car il constitue la mise en œuvre de la quiétude recherchée par le créancier à travers le cautionnement. Le créancier ne s'attend pas à recevoir le paiement de sa créance de la part de la caution quand il le souhaite et à son bon vouloir. De même que la caution ne s'attend pas à honorer son engagement à n'importe quelle condition. Par exemple, la caution s'est engagée à garantir le crédit octroyé au débiteur principal, mais l'exécution de cet engagement ne peut lui être opposée alors même que le débiteur est encore *in bonis*.

54. La caution doit être libérée, si le débiteur principal ne doit plus rien au créancier, soit parce qu'il y a eu remise de dette de la part de celui-ci, soit parce que le créancier a reçu le paiement de

éventuel de sa créance ; V. en ce sens Ph. Simler, *op. cit.* n° 207 ; J.J. Ansault, Le cautionnement réel, préf. P. Crocq, Défrénois 2009, n° 232 s. ; M. Cottet, *op. cit.* n° 410 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 192

¹³¹ D. Grimaud, le caractère accessoire du cautionnement, *op. cit.*, n°477

sa créance. Enfin, le créancier ne peut appeler la caution à garantie avant le terme suspensif convenu entre les parties, et auquel la caution n'a pas renoncé, sous prétexte que le débiteur est défaillant. A l'évidence, la finalité du cautionnement ne signifie pas une exécution de l'engagement unilatéral de la caution au mépris des conditions convenues entre les parties. Celles-ci doivent être sous-entendues dans la réalisation de la finalité du cautionnement, car si la règle de l'accessoire n'est pas absolue, il en est de même de la finalité du cautionnement. Ces dernières observations permettent d'établir plus clairement le rapport entre la règle de l'accessoire et la finalité du cautionnement telle que précédemment définie. Il en résulte, non pas une opposition systématique des deux notions, mais une complémentarité nécessaire à une meilleure pratique du cautionnement. Le droit des entreprises en difficulté impose sa propre vue des choses.

55. Durant l'exécution de l'obligation principale, la règle de l'accessoire rappelle aux parties leur volonté, il en résulte une sorte de protection des engagements pris par les parties et la garantie que la caution ne supportera pas la charge définitive de la dette du débiteur principal. Autrement dit, la règle de l'accessoire est de nature à préserver les conditions dans lesquelles le créancier doit être satisfait et la caution appelée en garantie. La protection de la caution ne s'oppose donc pas *a priori* à la finalité du cautionnement à moins que l'on ne tienne compte que de son caractère psychologique.

56. Par ailleurs, la question de la satisfaction du créancier ne fait pas seulement appel à la notion de la finalité du cautionnement, elle implique également son efficacité. Ce terme prégnant du droit des sûretés est défini par le dictionnaire Le petit Robert comme le caractère de ce qui est efficace c'est-à-dire qui produit l'effet qu'on en attend. En est-il ainsi dans un contrat synallagmatique¹³² dans lequel les deux parties au contrat attendent l'une de l'autre une certaine prestation : le vendeur attend de l'acheteur le paiement d'une somme d'argent et ce dernier attend du premier la livraison de la chose achetée. En revanche, il en va différemment dans un contrat unilatéral, comme l'est le cautionnement. Son efficacité doit être mesurée à la satisfaction attendue du cautionnement par le créancier, ou plus exactement ce qu'il attend de la caution. Or, ce qu'attend le créancier c'est d'une part, que la caution paie ce que doit le débiteur lorsque ce

¹³² Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 409.

dernier est défaillant, d'autre part, que ce paiement soit ponctuel lorsqu'un terme suspensif a été convenu entre les parties. De ce point de vue on peut même relever deux niveaux de satisfaction du créancier et par ricochet deux degrés d'efficacité du cautionnement.

57. Le cautionnement est efficace lorsque le créancier reçoit paiement de sa créance au moment convenu entre les parties, surtout sans qu'aucune contestation particulière ne soit élevée par la caution¹³³. C'est plus exactement ce qu'espère le créancier au moment d'accepter la garantie que lui propose la caution. En revanche, l'efficacité serait plus grande dans l'hypothèse où le paiement de la caution serait anticipé. Ce que ne prévoit pas forcément le créancier au moment de conclure le contrat de cautionnement, sous réserve de la présence d'une clause de déchéance du terme.

58. La satisfaction du créancier doit être normalement appréciée à l'échéance du terme initialement convenu entre les parties. Ce qui se justifie d'ailleurs par la maxime « Qui a terme ne doit rien ». Toutefois, la pratique révèle que les créanciers sont généralement réfractaires à toute tentative de protection de la caution, d'autant plus qu'à l'origine cette dernière n'a pas toujours été protégée par le législateur¹³⁴. Cette protection s'est progressivement mise en place au gré des réformes et de l'évolution de la pratique du cautionnement non sans conséquence sur l'attractivité de cette sûreté.

59. Cette situation explique le fait que les créanciers s'étaient progressivement détournés du « cautionnement ordinaire, au profit du cautionnement solidaire qui fut, et est, le plus souvent utilisé »¹³⁵ car le premier, dit cautionnement simple, admet des mesures de protection de la caution que l'on ne retrouve pas dans le second au moment de l'exécution du cautionnement. Les créanciers y adhèrent plus facilement parce qu'il semble leur procurer plus de quiétude. Concrètement, les rédacteurs du code civil et de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés adoptent des dispositions qui permettent à la caution simple de se prévaloir du bénéfice de discussion qui signifie que le créancier ne peut obtenir satisfaction de la caution s'il ne s'est pas

¹³³ D. Legeais, *op. cit.* n° 215 : le paiement effectué par la caution ne doit pas être remis en cause pour que le cautionnement soit éteint.

¹³⁴ V. *supra* n° 26 s.

¹³⁵ M. Woitier, *La caution et le procès civil*, Th. Sorbonne, 2011, n° 10.

au préalable adressé au débiteur principal¹³⁶, ce qui a pu lui permettre notamment de saisir les biens de ce dernier. Dans ces conditions, il y a suspension des poursuites contre la caution.

60. La caution simple a également le bénéfice de division en cas de pluralité de cautions d'un même débiteur¹³⁷. Cette faveur protège la caution en lui évitant de supporter à elle toute seule le paiement de la dette du débiteur principal. Elle lui permet d'exiger du créancier de répartir ses poursuites entre toutes les cautions afin que chacune lui apporte sa garantie comme convenu¹³⁸.

61. Par ailleurs, la protection de la caution a également eu pour conséquence la désaffectation du cautionnement par les créanciers à la recherche permanente de garanties plus efficaces. Ce souci d'efficacité les a, jadis, conduits soit à introduire dans le cautionnement des clauses de style qui renforcent le cautionnement telle que les clauses de déchéance du terme, soit à mettre en place une autre garantie alternative au cautionnement. C'est notamment le cas de la garantie à première demande, fruit de la pratique bancaire, aujourd'hui présente dans le code civil.

62. Il existe plusieurs autres mesures de protection de la caution, notamment celles qui interviennent dans la formation du cautionnement. Par exemple, en droit OHADA cette protection est telle qu'un arrêt de la CCJA en date du 9 octobre 2003 retient la nullité de plusieurs actes de cautionnement pour défaut de signature de l'acte de cautionnement par le créancier et de la « mention écrite de la main de la caution de la somme maximale garantie »¹³⁹ conformément à l'ancien article 4 AUS¹⁴⁰. La jurisprudence française est nombreuse sur la question. Il y a un réel souci des législateurs de protéger la caution dans sa relation triangulaire avec le débiteur et le créancier, mais il ne faut pas non plus croire que cette entreprise est faite au détriment des intérêts du dernier cité et que la règle de l'accessoire surprotège la caution. En ce sens, les dispositions du code civil et celles de l'AUS prévoient expressément une limite à la règle de l'accessoire. Il s'agit notamment de la limite légale relative à la validité de l'obligation principale résultant des dispositions de l'article 2289 alinéa 2 du code civil et de l'article 17 alinéa 1 AUS. Par conséquent, la règle de l'accessoire ne peut être opposée par la caution sous prétexte que

¹³⁶ Art. 2298 s. et art. 2399 C. civ.

¹³⁷ Art. 2303 C. civ. (anc. art. 2026) ; v. en ce sens L. Aynès, *op. cit.* n° 144 et 145 ; D. Legeais, *op. cit.* n° 275 et 276 ; S. Piedelièvre, *op. cit.* n° 44.

¹³⁸ Art. 2303 s. C. civ.

¹³⁹ CCJA, 9 oct. 2003, Bull. CCJA n° 2, juill-déc. 2003, p. 30 s.

¹⁴⁰ Art. 4 AUS (anc. art. 14).

l'engagement du débiteur n'est pas valable du fait de son incapacité. Cela signifie que si la dette d'un incapable n'est pas valable, le cautionnement l'est en revanche.

63. Pendant longtemps, cette disposition a été appliquée à la lettre par les praticiens du droit encouragés par une doctrine favorable à l'application de la règle de l'accessoire, de telle sorte que l'incapacité du débiteur constituait la seule exception à ladite règle. Néanmoins, depuis un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation en date du 8 juin 2007¹⁴¹, cette exception concerne désormais d'autres causes de nullité relative de l'engagement du débiteur principal qui, jadis, n'étaient pas prises en compte. En effet, désormais, en plus de l'incapacité du débiteur, la règle de l'accessoire ne joue plus en faveur de la caution pour les nullités relatives résultant des vices de consentement du débiteur principal si l'on reste dans l'esprit de l'attendu de la Cour de cassation¹⁴². Ces nullités doivent donc être considérées comme des exceptions purement personnelles au débiteur car destinées à protéger ce dernier.

64. Il faut également considérer, sous réserve des développements précédents, qu'une autre limite au caractère accessoire du cautionnement réside en principe dans la finalité du cautionnement qui consiste, dans son approche tant psychologique que technique, « à garantir le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur »¹⁴³. Si dans le droit commun du cautionnement les exceptions à la règle de l'accessoire sont nombreuses, qu'en est-il dans le droit des procédures collectives ?

Section 2. Approche de la règle de l'accessoire dans le droit des procédures collectives

65. La question précédemment posée et le présent titre constituent la base de notre analyse. Raison pour laquelle il nous paraît utile de préciser d'emblée quelques notions importantes dans l'examen général de la situation de la caution dans les procédures collectives au regard de la règle de l'accessoire. D'où ces quelques observations préalables sur le droit des procédures collectives.

¹⁴¹ Ch. mixte, 8 juin 2007, D. 2007, Act. p. 1782, obs. V. Avena-Robardet ; JCP G 2007, II, 10138, note Ph. Simler ; RD banc. et fin. Juill.- août 2007, n° 145, obs. A. Cerles.

¹⁴² Ch. mixte, 8 juin 2007, préc. *supra* note 141.

¹⁴³ H.L. et J. Mazeaud, *op. cit.* n° 22.

66. Premièrement, celui-ci se distingue en principe du droit commun, et du droit commun du cautionnement en particulier. L'application des règles qui gouvernent ce dernier n'est pas systématique en droit des procédures collectives, aussi bien en France que dans l'espace OHADA. Force est de constater que la règle de l'accessoire n'y échappe pas. De ce fait, pour une procédure donnée la règle de l'accessoire n'emporte pas la totalité des effets normalement attendus. Tantôt ces effets seront pris en compte, tantôt ils seront négligés¹⁴⁴. D'ores et déjà, observons qu'une des explications de ce constat réside dans le fait que le droit des procédures collectives est généralement présenté comme un droit d'exception, un droit de compromis. Un droit qui poursuit généralement des objectifs précis, lesquels sont parfois diamétralement opposés, selon les époques et les procédures, à ceux visés par le droit commun du cautionnement.

67. Deuxièmement, il est généralement enseigné que c'est dans le cadre des procédures collectives que l'on peut mesurer l'efficacité¹⁴⁵ d'une sûreté. Cette réalité s'explique notamment par le fait que l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'une entreprise signifie que cette dernière, en raison des difficultés qu'elle connaît, ne peut honorer tous ses engagements. En d'autres termes, c'est dans le cadre des procédures collectives, ou du surendettement, que peut se réaliser le risque contre lequel le créancier a entendu se prémunir¹⁴⁶. D'où l'intérêt de la confrontation de la règle de l'accessoire et du droit des procédures collectives, qui permet de mieux apprécier l'efficacité de cette sûreté. Le cautionnement qui remplit sa fonction de garantie, lorsque le débiteur est défaillant, et soumis à une procédure collective, n'en sera que plus attractif pour les créanciers.

68. Le droit des procédures collectives poursuit des objectifs qui tiennent compte des intérêts de la caution, ainsi dans les hypothèses où il applique la règle de l'accessoire, mais aussi de ceux des

¹⁴⁴ V. en ce sens P. Crocq, Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement, *in* mél. Ph. Malaurie, Defrénois, Paris 2005, n° 1, p. 171 ; V. également M. Cottet, *op. cit.* n° 6, p. 4.

¹⁴⁵ Est efficace, une sûreté qui produit les effets escomptés c'est-à-dire qui donne une certaine satisfaction attendue en fonction d'un certain nombre de conditions prédéterminées. En l'occurrence, l'ouverture d'une procédure collective constitue la manifestation de la défaillance du débiteur et suggère que le cautionnement soit réalisé dans les conditions initialement déterminées par les parties. Ainsi, l'efficacité du cautionnement dans les procédures d'insolvabilité sera appréciée en fonction de la satisfaction qu'il procure au créancier du débiteur à l'encontre duquel une procédure est ouverte.

¹⁴⁶ Cette affirmation doit être relativisée dans la mesure où l'ouverture d'une procédure n'implique pas systématiquement la défaillance du débiteur principal. Il en est ainsi dans la conciliation (v. en ce sens C. Sain-Alary-Houin, *op. cit.* n° 347 et 348 ; M.F. Sawadogo, obs. sous art. 5-1 AUPC).

créanciers ou du débiteur principal dans les autres cas¹⁴⁷. Pour être plus précis, sur ce propos, un rappel historique de l'évolution du droit des procédures collectives en droit français et en droit OHADA (Paragraphe 1) est nécessaire, avant d'envisager l'approche générale de la règle de l'accessoire dans ce droit (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Evolution du droit des procédures collectives en droit français et droit OHADA.

69. Il y a lieu d'observer que le droit des procédures collectives, qui déroge¹⁴⁸, généralement pour partie, au droit commun, a évolué dans un contexte de réformes législatives qui a progressivement modifié la situation des principaux partenaires économiques du débiteur en difficulté, y compris celle de ce dernier¹⁴⁹. La conception même du droit des procédures collectives s'est adaptée.

70. En droit français, on est ainsi passé d'un droit de la faillite, répressif, à l'égard du débiteur¹⁵⁰, à un droit des entreprises en difficulté plus préventif, à son avantage¹⁵¹. D'abord durant la période antérieure à la réforme du 25 janvier 1985¹⁵², c'est-à-dire sous le régime de la loi de 1967¹⁵³, la

¹⁴⁷ V. en ce sens P.M. Le Corre, L'évolution du droit des sûretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* p. 213 s.

¹⁴⁸ V. globalement sur la nature du droit des procédures collectives : F. Macorig-Venier, Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ? Actes du colloque du CDA du 16 mars 2017, PUT.

¹⁴⁹ A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* n° 5, p. 3 ; C. Le Gallou, *op. cit.* n° 377, p. 228.

¹⁵⁰ A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, *op. cit.* n° 12 s. : les auteurs indiquent par exemple que le code de commerce de 1807 « a manifesté une très grande sévérité, sous l'influence de probable de Bonaparte, soucieux de rétablir le contrôle de l'Etat sur les commerçants fournisseurs de des armées, spéculateurs défaillants et trop souvent malhonnêtes » de sorte que la « contrainte par corps était automatiquement ordonnée contre la personne du failli et son actif était vendu pour payer son passif selon une procédure collective » ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 5 s., puis 13 et 14 : l'auteur souligne que le Livre III du code de commerce de 1807 « prévoyait surtout l'arrestation du failli et son emprisonnement », et s'il était marié, sa femme perdait tous ses biens. Ce qui, comparé aux solutions actuelles, était faut-il le reconnaître très sévère, mais surtout très inefficace comme en témoigne les différentes réformes de la matière depuis 1807.

¹⁵¹ C. Saint-Alary-Houin, *ibidem*, n° 1 s. : selon l'auteur le législateur français a substitué une discipline « orientée vers le désintéressement des créanciers d'un commerçant qui cesse ses paiements » par une discipline dont les règles sont « destinées à prévenir et à traiter les défaillances d'entreprises ». Ceci témoigne de l'évolution de la philosophie du droit des procédures collectives et des mécanismes mis en place pour soigner les maux dont souffre l'entreprises en difficulté.

¹⁵² L. n° 85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, JORF du 26 janv. 1985, p. 1097.

¹⁵³ L. n° 67-563 du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, JORF du 14 juill. 1967, p. 7059.

philosophie du droit de la faillite consistait à trouver un moyen de payer le créancier dans le cadre de la procédure. Elle se caractérisait surtout par la volonté d'éliminer le « mauvais » commerçant qui ne pouvait plus faire face à ses dettes. Le droit de la faillite avait donc pour objectif essentiel le paiement des créanciers à tel point que les procédures visaient la protection de leurs intérêts au détriment des intérêts du débiteur principal, et en partie de ceux de la caution. D'ailleurs, la règle fondamentale de l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers antérieurs avait moins pour but de protéger le débiteur que de faciliter le paiement collectif de ses différents créanciers¹⁵⁴. A travers cette règle, le législateur empêchait un traitement inégal des créanciers. Néanmoins, celle-ci a progressivement été améliorée au gré des réformes et son intérêt pour le débiteur a davantage été précisé ainsi que nous l'examinerons dans le cadre de cette étude.

71. Ensuite, un changement sémantique et philosophique concomitant de la matière a amorcé le processus de prise en compte des intérêts du débiteur à partir de la loi du 25 janvier 1985. Il ne s'est plus agi depuis cette loi de faire disparaître le « mal » que représentait le débiteur en difficulté, mais plutôt de le traiter et d'améliorer les chances de paiement du créancier¹⁵⁵.

72. Dans cette première évolution, seule la relation créancier-débiteur importait, de sorte que les principales règles de protection du débiteur, durant la procédure, telles qu'appliquées aujourd'hui, ont été instaurés par ces lois. La prise en compte des intérêts du débiteur s'est traduite par une multiplication des mesures de faveur censées faciliter le traitement de ses difficultés et une amélioration de celles existantes. Ce fut notamment le cas de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers antérieurs qui s'accommodait davantage de la nouvelle philosophie de traitement des difficultés du débiteur. Contrairement à la conception antérieure à cette loi, l'arrêt des poursuites¹⁵⁶ s'interprétait comme une sorte de répit laissé au débiteur pour lui permettre de mettre en œuvre les nouvelles solutions de traitement de ses difficultés susceptibles de menacer l'existence de son activité.

¹⁵⁴ V. en ce sens A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, *op. cit.* n° 12 s.; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1 s.

¹⁵⁵ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 43 s. et 54 s.

¹⁵⁶ Anc. art. 47 C. com. (devenu art. L. 622-21) ; la suspension des poursuites s'appliquait aussi bien dans le cadre du redressement judiciaire que dans celui de la liquidation judiciaire. V. en ce sens TGI, Chalon-sur-Saône, 11 mars 1986, *Gaz. Pal.* 1986. 2. 614.

73. De même, les créanciers sont sollicités par le juge et incités à réduire l'étendue de l'obligation du débiteur principal. C'est dans ce sens que, dans le cadre d'un concordat de redressement, devenu plan de redressement, les créanciers peuvent être amenés à lui accorder volontairement, ou sur son initiative, des remises de dettes et des délais de paiement, en espérant que le débiteur retrouvera une sérénité financière nécessaire à son redressement. Autrement dit, le législateur des procédures collectives accorde au débiteur le bénéfice de mesures consistant à modifier les modalités d'exécution de son engagement. L'exécution est, soit différée et retardée, en cas de suspension des poursuites¹⁵⁷ et de l'octroi de délais de paiement¹⁵⁸, soit réduite ou éteinte, dans l'hypothèse d'une remise de dettes partielle ou totale, notamment dans les procédures préventives et le redressement judiciaire.

74. Enfin, l'on peut relever parallèlement l'essor des mesures préventives. La loi du 1^{er} mars 1984 a institué le règlement amiable, mais l'idée de prévention est plus ancienne. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005¹⁵⁹ a renforcé le principe préventif et les réformes ultérieures sont allées dans ce sens. Des outils de prévention et de traitement sophistiqués des difficultés de l'entreprise ont été instaurés et améliorés. C'est notamment le cas de la conciliation, que l'on doit à la loi de 2005, qui se substitue au règlement amiable¹⁶⁰, ou encore de la procédure de sauvegarde, qui a donné son nom à la loi de 2005.

75. Ces deux procédures, nées en 2005, donnent au débiteur, qui en commande le déclenchement, les clés d'une prise en compte précoce de ses difficultés, afin de ne pas cesser ses paiements, ou, s'agissant de la conciliation, de juguler un état de cessation des paiements de 45 jours au plus.

76. La multiplication des mesures favorables à l'anticipation des difficultés des entreprises, marque de fabrique des dernières réformes, visent notamment le dirigeant-caution ou garant de l'entreprise en difficulté. C'est essentiellement en cela que les mesures préventives ont plus d'impact sur le redressement du débiteur en difficulté. L'apport des ordonnances postérieures à la

¹⁵⁷ Art. L. 622-21 C. com.

¹⁵⁸ Art. L. 626-11 al. 1 et art. L. 626-18 al. 1 C. com.

¹⁵⁹ L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, JORF n° 173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n° 5 ; V. également en ce sens pour être complet sur l'évolution postérieure à la loi de sauvegarde : C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 109 s. ; A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, *op. cit.* n° 26 s.

¹⁶⁰ P.M. Le Corre, La réforme du droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* n° 122.1, p. 57 ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 340 et 342.

loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, en matière de prévention, fut essentiel. Celle du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté¹⁶¹ a, en général, à la suite de la loi de 2005, amélioré les différentes procédures et mesures mises en place par cette dernière¹⁶². Elle a encouragé la prévention en incitant le débiteur à recourir à la procédure de sauvegarde, ainsi par la suppression de la preuve d'un lien existant entre les difficultés insurmontables et l'imminence d'un état de cessation des paiements ; la procédure est désormais accessible à tout débiteur qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter¹⁶³.

77. L'ordonnance du 12 mars 2014¹⁶⁴, s'inscrit également dans le perfectionnement de la loi de sauvegarde de 2005, ainsi que l'indique un auteur ¹⁶⁵. Comme l'ordonnance de 2008, elle ne modifie pas structurellement le dispositif mis en place par la loi de sauvegarde¹⁶⁶, mais le complète. Sans être là aussi exhaustif, on peut relever que l'ordonnance de 2014 a perfectionné le dispositif existant notamment sur deux points, ainsi que le relèvent plusieurs auteurs¹⁶⁷. Souhaitant le rééquilibrage d'un droit, jugé trop favorable au débiteur¹⁶⁸, le texte de 2014 a sensiblement amélioré les droits des créanciers dans le cadre de la déclaration des créances¹⁶⁹, un domaine sur lequel était déjà intervenu l'ordonnance de 2008. Il en est ainsi notamment de la simplification du relevé de forclusion¹⁷⁰.

¹⁶¹ Ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JORF n° 0295 du 19 déc. 2008, p. 19462.

¹⁶² C'est notamment le cas pour ce qui est de la sanction du défaut de déclaration : la loi de sauvegarde, supprimant la sanction de l'extinction de la créance non déclarée, se bornait à exclure le créancier forclos des répartitions dans le cadre d'une liquidation judiciaire et des dividendes dans le cadre d'un plan, l'ordonnance, reprenant l'opinion doctrinale, a confirmé le recours à l'inopposabilité de la créance non déclarée, art. L.622-26 al. 1 C. com. ; la loi a été complétée (V. en ce sens S. Pelletier et L. Madariaga, Le sort des créances non déclarées, suite et fin ? Rev. proc. coll. juill.-août 2014, n° 20 s. ; C. Saint-Alary-Houin, *op.cit.* n° 102 et 103 ; A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, *op. cit.* n° 26 à 28).

¹⁶³ Nous ne prétendons pas présenter tous les apports de cette ordonnance ; il nous a paru judicieux de retracer l'itinéraire législatif, de faire état de l'objectif contemporain des procédures collectives qui n'est plus de punir le débiteur défaillant, mais de prévenir ses difficultés ; V. également P.-M Le Corre, L'évolution du droit des suretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté ; *op. cit.* p. 213.

¹⁶⁴ Ord n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JORF n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n° 3.

¹⁶⁵ F. Pérochon, *op. cit.* n° 38.

¹⁶⁶ V. en ce sens C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 131, p. 85.

¹⁶⁷ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 116 s. ; F. Pérochon, *op. cit.* n° 38.

¹⁶⁸ D. Vidal et G. Cesar Giorgini, *op. cit.* n° 36.

¹⁶⁹ V. en ce sens C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 116 ; S. Pelletier et L. Madariaga, *op. cit.* n° 37 s.

¹⁷⁰ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 804 et 805.

78. Par ailleurs, concernant le débiteur, l'ordonnance de 2014 institue deux nouvelles procédures. Il s'agit de la sauvegarde accélérée, une variante de la procédure de sauvegarde ordinaire, mais distincte de la sauvegarde financière accélérée, créée par la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière¹⁷¹. Elle constitue, pour le débiteur déjà en conciliation, un moyen de remédier à l'impossibilité d'obtenir un accord conformément aux dispositions de l'article L. 628-1 et suivants. Il s'est également agi de la procédure de rétablissement professionnel¹⁷², comme il en existe, *mutatis mutandis*, en matière de surendettement des particuliers¹⁷³. Introduite par l'ordonnance du 12 mars 2014, celle-ci trouve son fondement dans l'article L.645-1 du code de commerce et est réservée aux personnes physiques exerçant une activité commerciale ou artisanale, aux agriculteurs ou toute autre personne exerçant une activité professionnelle indépendante¹⁷⁴, ayant cessé ses paiements, mais dont l'actif patrimonial déclaré est inférieur à 5000 euros. Comme semble l'indiquer un auteur, elle « a pour objet un effacement des dettes signalées par le débiteur (pourvu qu'il n'en oublie aucune) afin de permettre son rebond »¹⁷⁵, c'est-à-dire un nouveau départ.

En outre, la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises¹⁷⁶ a eu notamment pour objet de redynamiser cette nouvelle procédure peu connue et donc peu utilisée de ces destinataires. Cette loi, dite loi PACTE¹⁷⁷, dont l'impact sur le droit des entreprises en difficulté est souligné par la doctrine¹⁷⁸, semble (en son article 57) favoriser le rebond du débiteur en faisant du rétablissement professionnel une procédure par défaut proposée par le tribunal pour tout débiteur correspondant aux critères d'éligibilité ayant sollicité l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire¹⁷⁹ ou en cas de résolution d'un plan de

¹⁷¹ L. n° 2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, JORF n° 0247 du 23 oct. 2010, p. 18984 (art. 57).

¹⁷² V. Stefania, La procédure de rétablissement sans liquidation judiciaire, JCP E 2014, 1345 ; P.-M Le Corre, Le rétablissement professionnel : dix questions réponses : Gaz. Pal. 28 juin 2016. p. 73.

¹⁷³ Art. R. 741-1 C. consom.

¹⁷⁴ J. Mestre, M.-E Pancrazi, I. Grossi, Droit commercial, t. 2 LGDJ, 30^e éd. n° 868.

¹⁷⁵ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n° 18.

¹⁷⁶ L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JORF 23 mai 2019, texte n° 2.

¹⁷⁷ PACTE : acronyme de « Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation de l'Entreprise »

¹⁷⁸ L. Cotret, Loi PACTE : Evolutions actuelles et à venir en matière de droit des entreprises en difficulté, RLDA sept. 2019, p. 29 s. ; Menjucq (et al.), Loi PACTE et procédures collectives, Rev. proc. coll. juill.-août 2019, doss. n° 23 à 26, p. 27 s. ; S. Farhi, Les procédures collectives après la loi PACTE, Gualiano 2019, coll. Droit en poche.

¹⁷⁹ Art. L. 641-1 C. com.

sauvegarde¹⁸⁰ ou de redressement judiciaire¹⁸¹. A l'instar *mutatis mutandis* du rétablissement personnel¹⁸², le juge pourra ainsi effectuer d'office l'examen de la situation du débiteur¹⁸³ et, avec son accord, prononcer l'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel.

79. Aussi, et dans une moindre mesure, faut-il relever l'influence de l'UE dans l'évolution du droit des entreprises en difficulté. Ce fut d'abord le cas avec le règlement européen n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité¹⁸⁴ qui, contrairement à l'AUPC, n'agit pas en droit interne, mais au niveau transfrontalier. Pour une procédure ouverte à l'encontre d'un débiteur d'un Etat de l'Union impliquant un autre Etat, ce règlement a pour but de fixer les règles de compétences des différentes juridictions. Le législateur français a introduit dans son corpus juridique les dispositions particulières aux procédures d'insolvabilité relevant du règlement n° 2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité¹⁸⁵, qui a remplacé celui en date du 29 mai 2000.

L'activité législative de mise en conformité du droit français au droit européen devra se poursuivre dans les deux années à venir avec la transposition de la directive « Restructuration et insolvabilité », visant notamment les procédures préventives¹⁸⁶, dans la mesure où la Loi PACTE habilite le gouvernement à légiférer par ordonnance à cet effet d'ici 2021. Cette Directive¹⁸⁷ a pour objectif notamment, comme le révèle la lecture des considérants, d'améliorer la restructuration des entreprises en difficulté, souvent financières, afin qu'elles poursuivent leur activité en totalité ou partiellement, et ce en modifiant la composition, les conditions ou la

¹⁸⁰ Art. L. 626-27 C. com.

¹⁸¹ Art. L. 631-20-1 C. com.

¹⁸² G. Raymond, *Droit de la consommation*, LexisNexis 5^e éd. 2019, n° 1106.

¹⁸³ S. Farhi, *op. cit.* n° 38: jadis, comme le souligne l'auteur, le juge ne pouvait pas examiner d'office la situation du débiteur pour prononcer un rétablissement professionnel à son égard lorsqu'il était saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure collective. Le débiteur devait lui-même effectuer cette demande en même temps.

¹⁸⁴ Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JOUE n° L 160 du 30 juin 2000, p. 0001 - 0018

¹⁸⁵ Pour être complet sur la question ; V. F. Pérochon, *op. cit.* n° 36 ; A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, *op. cit.* n° 6 s. ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 126, p. 77.

¹⁸⁶ Ph. Roussel Galle, Elle est arrivée !, *Rev. proc. coll.* juill.-août 2019, n° 4, p. 1 ; V. également en ce sens O. Buisine, De quelques transpositions relatives à la transposition de la directive Restructurations préventives et à la réforme du droit des sûretés, *Rev. proc. coll.* juill.-août 2019, p. 8 s. ; il s'agira également pour le législateur de réformer le droit du cautionnement dans le même délai (art. 60-I-1° L. 22 mai 2019, préc.)

¹⁸⁷ Directive 2019/1023 du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1112 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité), JOUE 26 juin 2019.

structure de leur actif et de leur passif ou tout autre partie de la structure de leur capital, y compris par des cessions d'actifs ou d'activités. Les droits des créanciers sont renforcés. C'est dans ce sens qu'il convient d'interpréter le recours aux classes de créanciers, appelées à se substituer demain au comité de créanciers¹⁸⁸. Celles-ci auront pour but de favoriser le paiement des créanciers et la sauvegarde des entreprises car la création des classes des créanciers permettra « notamment de surmonter les situations de blocage créées par les actionnaires et les créanciers out of the money »¹⁸⁹.

80. En ce qui concerne l'AUPC, celui-ci n'a jamais été originellement répressif pour le débiteur, il a connu en réalité une seule réforme, celle du 10 septembre 2015 qui a relativement bouleversé sa philosophie de traitement des difficultés du débiteur. En effet, l'AUPC était antérieurement orienté, principalement, vers la protection des créanciers, mais sans être répressif pour le débiteur, comme ce fut le cas dans l'ancien droit français¹⁹⁰. Dans ce contexte, la prévention des difficultés des entreprises avait une place marginale tenant à l'existence du principal outil de prévention qu'était la procédure de règlement préventif.

81. Désormais, si le législateur a maintenu sa philosophie originelle de paiement des créanciers, il l'a quelque peu relativisée avec la réforme de 2015. L'apurement du passif figure toujours à la première place, mais celle de la prévention des difficultés de l'entreprise a été relevée c'est-à-dire que dorénavant le traitement précoce des entreprises est davantage pris en compte, il a plus d'importance dans le nouvel AUPC que dans l'ancien. Cela se justifie notamment par une diversité de procédures préventives : à côté du règlement préventif, il faut ajouter la nouvelle procédure de conciliation, empruntée du droit français, et une variante du règlement préventif, c'est-à-dire le règlement préventif simplifié¹⁹¹ qui rappelle la sauvegarde accélérée du droit français¹⁹².

¹⁸⁸ Art. 196 L. 2019-486 du 22 mai 2019, préc.

¹⁸⁹ L. Cotret, *op. cit.* p. 32.

¹⁹⁰ V. *supra* n° 70 s.

¹⁹¹ Art. 24 AUPC: la nouvelle procédure de règlement préventif simplifié est une procédure qui a un caractère facultatif en ce sens qu'il appartient au débiteur de demander son ouverture dans, mutatis mutandis, les mêmes conditions que le règlement préventif ordinaire (art. 24-1). Elle concerne les petites entreprises au sens de l'article 3-1 c'est-à-dire « toute entreprise individuelle, société ou autre personne morale de droit privé dont le nombre de travailleurs est inférieur ou égal à vingt (20), et dont le chiffre d'affaires n'excède pas cinquante millions

L'existence de ces nouveaux outils juridiques de prévention témoigne *a priori*, ainsi que l'indique un auteur¹⁹³, de la volonté du législateur africain de moderniser son droit des procédures collectives. L'intérêt de ces observations réside dans le fait que cette nouvelle approche de l'AUPC s'accompagne, là aussi comme en droit français, d'une approche différente de la théorie de l'accessoire. Plus exactement, elle favorise un traitement différent de la caution. Une nouveauté en droit OHADA.

Paragraphe 2. L'approche générale de la théorie de l'accessoire en droit français et en droit OHADA des procédures collectives

82. De prime abord, il convient de poser les termes de notre débat sur ce point. Le législateur ne s'est pas nécessairement préoccupé de la situation de la caution en déterminant celle du débiteur¹⁹⁴. Ce qui distingue d'ailleurs le droit commun des sûretés et le droit des procédures collectives et fait de ce dernier un véritable droit particulier¹⁹⁵. Le législateur a pour objectif de répondre à une difficulté économique en instituant des outils juridiques qu'il estime nécessaires pour y mettre fin. C'est *a priori* ce souci économique qui guide les choix des législateurs, plus que le souci d'appliquer, de manière générale, les règles du droit commun quelles qu'elles soient¹⁹⁶.

83. Par ailleurs, dans le cadre des procédures collectives, l'activité normative du législateur est soumise à un jeu d'équilibre ou plus exactement de conciliation entre les intérêts des créanciers et ceux du débiteur. Il s'agit pour le législateur de tenir compte de la crainte du créancier de ne pas être payé par le débiteur au moment où s'ouvre la procédure collective, mais aussi de la nécessité pour le débiteur de retrouver une situation économique et financière favorable à la continuité de

(50 000 000) de francs CFA, hors taxes, au cours des douze (12) mois précédant la saisine de la juridiction compétente ».

¹⁹² Art. L. 628-1 s. C. com.

¹⁹³ Ph. Rousselle Galle, Les débiteurs dans l'AUPC révisé : La modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité, Dr. et patr. déc. 2015, p. 57.

¹⁹⁴ La théorie de la neutralité du droit des procédures collectives que développe le professeur Le Corre (P.M. Le Corre, *op. cit.* p. 216) convient parfaitement à la période antérieure à la loi de 1994 et un peu moins depuis celle-ci, car le législateur n'avait fait aucun choix, avant cette loi, s'agissant de l'impact des mesures particulières de protection du débiteur sur le sort de la caution. Le droit commun du cautionnement s'appliquait dès cet instant, excepté quelques situations.

¹⁹⁵ N. Borgia, L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit des obligations : droit dérogatoire puis droit précurseur, in Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ? ss. dir. F. Macorrig-Venier, *op. cit.*, n° 1 s.

¹⁹⁶ V. en ce sens N. Borgia, *ibidem.* ; P.M. Le Corre, *op. cit.* p. 214 s.

son activité, quitte à ne pas payer intégralement ses créanciers¹⁹⁷. Il en va autant pour le garant souvent dirigeant qui peut se sentir menacé par les mesures de traitement mises en place surtout si celles-ci sont à l'avantage du créancier, ou même du débiteur. Plusieurs options se présentent à lui.

84. En premier lieu, il peut choisir de mettre en place des outils de droit favorables au paiement des créanciers, comme ce fut le cas dans l'ancien droit de la faillite très répressif pour le débiteur. Dans cette hypothèse, tout est mis en œuvre pour optimiser le recouvrement de la créance, soit auprès du débiteur, soit auprès d'un tiers garant pour ceux qui ont garanti leurs créances. En deuxième lieu, il peut orienter son choix vers la protection des intérêts de l'entreprise y compris des salariés, notamment en favorisant le redressement ou le sauvetage de l'activité du débiteur car celle-ci présente notamment des intérêts socio-économiques divers au niveau interne. Dans cette hypothèse le paiement des créanciers notamment antérieurs n'est pas la priorité à l'exception du paiement des salaires. En dernier lieu, plutôt qu'une solution radicale, le législateur peut opter pour une solution médiane. Celle-ci consistera à équilibrer les intérêts des créanciers et ceux de l'entreprise, y compris ceux des garants de façon générale.

85. Dans ces trois hypothèses, la problématique de l'application de la théorie de l'accessoire est permanente et permet de mesurer sa portée dans les procédures collectives. Dès lors on peut s'interroger sur les choix effectués par les législateurs français et OHADA depuis la codification des procédures collectives dans ces deux systèmes de droit liés par une histoire économique, politique et culturelle. Autrement dit, ces choix permettent-ils une application rigoureuse de la théorie de l'accessoire, telle que retenue en droit commun du cautionnement avec ces rares exceptions, ou altèrent-ils celle-ci ? Permettent-ils de redresser l'entreprise en difficulté, de payer les créanciers et de protéger la caution eu égard à son caractère accessoire ? Ne devrait-on pas finalement admettre qu'il est possible de sauver un débiteur en difficulté et de satisfaire en même temps le créancier, tout en protégeant la caution ?

¹⁹⁷ Le législateur français de 2014 a par exemple prévu, dans le cadre de la procédure de rétablissement professionnel, la possibilité pour le débiteur personne physique de ne pas rembourser ses dettes grâce à un effacement de celles-ci, conformément aux dispositions de l'article L 645-11 C. com. (V. en ce sens Civ. 2^e, 27 fév. 2014, n° 13-10891 ; LPA 19 mai 2014, p. 7, note T. Stefania ; F. Reille, Une nouvelle procédure qui n'en est pas une : le rétablissement professionnel, Rev. proc. coll. n° 2, mars 2014, doss. 22) ; V. Pour en savoir davantage sur la procédure en elle-même et ses conséquences sur la caution, C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1410 s. ; Legrand, Rétablissement professionnel : quel sort réservé à la caution du débiteur bénéficiaire de la procédure ? LPA 2015.

86. Il s'agit là d'autant de questions qui démontrent la complexité du choix que doit faire le législateur, car chaque option qu'il est amené à choisir au profit de l'un des acteurs de la procédure a un impact sur la protection des intérêts des autres. S'il ne se cristallise pas dans la relation du créancier et de la caution, l'équilibre recherché par le législateur réside dans sa capacité à concilier le caractère accessoire du cautionnement et les objectifs qu'il assigne aux procédures collectives et qui concernent généralement la relation du débiteur et du créancier. Néanmoins, il s'agira pour le législateur, lorsqu'il fait primer la fonction de paiement des créanciers de ne pas fragiliser excessivement la protection que la caution est légitimement en droit d'attendre du caractère accessoire du cautionnement, car cela pourrait nuire à la réussite de la procédure. Par exemple, le dirigeant-caution d'une entreprise pourrait bien retarder le dépôt de bilan s'il se sait exposé aux poursuites du créancier dès le jugement d'ouverture de la procédure. La loi a évolué à cet égard. L'anticipation des difficultés de l'entreprise passe par un dépôt précoce du bilan, afin d'éviter que les difficultés de l'entreprise ne s'aggravent. C'est d'ailleurs ce qui a conduit le législateur français à étendre la règle de la suspension des poursuites au dirigeant caution avec la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés de l'entreprise¹⁹⁸.

87. De même que lorsqu'il fait primer le sauvetage de l'entreprise, il pourrait bien être tenté de sacrifier plusieurs droits substantiels des créanciers, au profit, soit du débiteur (et c'est généralement le cas)¹⁹⁹, soit de la caution (ce qui n'est pas toujours le cas). Dans cette situation en général, il lui appartiendra de se garder de le faire au risque de porter atteinte au crédit et à l'attractivité du cautionnement²⁰⁰. Néanmoins, la réponse à cette interrogation doit s'entendre largement aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Premièrement, il existe un principe traditionnel d'inapplication de la théorie de l'accessoire aux mesures de protection accordées au

¹⁹⁸ L. n° 94-475 du 10 juin 1994, préc.

¹⁹⁹ C'est dans ce sens que le législateur européen entend assurément orienter son projet de codification européenne du droit de l'insolvabilité à l'instar du droit OHADA. Il suggère par exemple d'assurer « la mise en balance de la diminution des droits des créanciers et des avantages de restructuration » (V. Recomm. n° 2014/135/UE de la Commission, 12 mars 2014).

²⁰⁰ P. Crocq, L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité, *in* Mél. C. Mouly, t. 3, Litec 1998, p. 317 s., spéc. n° 5 et 6 : pour l'auteur le caractère accessoire (ses conséquences notamment) du cautionnement est la cause du regain d'activité du cautionnement. En effet, selon lui « la recherche de nouvelles garanties résulte donc de la volonté (...) d'échapper au caractère accessoire » de l'engagement de la caution.

débiteur (A). Deuxièmement, cette approche homogène, jusqu'aux dernières réformes²⁰¹, a laissé place à une double approche de la théorie de l'accessoire qui favorise la prise en compte des intérêts de la caution (B).

A. Principe traditionnel d'inapplication absolue de la théorie de l'accessoire

88. Sous le régime des lois du 13 juillet 1967 et 25 janvier 1985, l'approche du législateur, notamment français, était radicale en ce sens qu'elle altérait la théorie de l'accessoire de façon générale. Par ricochet, son choix consistait à sacrifier les intérêts de la caution sans distinction dans la mesure où il accordait au débiteur des mesures de faveur dont elle ne pouvait se prévaloir. En ce sens, la théorie de l'accessoire ne s'appliquait pas à la règle de l'arrêt des poursuites telle qu'instituée dans la loi de 1967 et modifiée par celle de 1985. La caution ne pouvait donc s'en prévaloir. De même qu'elle ne pouvait pas se prévaloir de l'interdiction des paiements.

89. Ces deux règles majeures du droit des procédures collectives ne lui permettaient pas de se décharger, même provisoirement de son engagement vis-à-vis du créancier. Ce dernier quant à lui conservait une partie de ses droits de créance qu'il perdait vis-à-vis du débiteur principal. Ce qui pouvait naturellement le soulager car il ne supportait pas malgré tout la charge de l'insolvabilité du débiteur. Néanmoins, dans ce contexte d'altération de la théorie de l'accessoire la jurisprudence assurait la survie de celle-ci, en permettant à la caution de se prévaloir de la sanction du défaut de déclaration ou de production de créances. Il s'est agi à l'époque d'un des rares cas d'application de la théorie de l'accessoire dans le contexte des mesures instaurées par le législateur des procédures collectives. On a pu relever non la volonté du législateur, mais son absence de sa volonté à prendre en compte les intérêts de la caution. Le même constat pouvait être fait dans l'espace OHADA dont la quasi-totalité des Etats appliquaient les lois françaises sus indiquées au niveau interne. En outre, la mise en place de l'AUPC originel n'avait pas changé le traitement de la caution. Alors que la théorie de l'accessoire recommande un alignement de la situation de cette dernière sur celle du débiteur, le législateur le traitait plus durement que le débiteur.

²⁰¹ En droit français : la réforme du 26 juill. 2005 a généralisé une approche initiée par la loi du 10 juin 1994 ; en droit OHADA : la réforme de l'AUPC du 10 sept. 2015 s'est également inspirée de cette approche.

90. Les raisons de ce traitement, si l'on considère l'évolution de la situation de la caution et celle des procédures collectives, sont liées à la philosophie de ces dernières nonobstant son évolution *spatio temporelle*. L'équilibre ainsi recherché par le législateur²⁰² dépendra de sa capacité à concilier le caractère accessoire du cautionnement et les objectifs qu'il assigne aux procédures collectives. En effet, tout d'abord dans le droit de la faillite, le paiement des créanciers était considéré comme un objectif majeur car il fallait sanctionner le débiteur coupable de sa faillite. Cela impliquait la sanction du dirigeant caution pour faute de gestion. Dès lors, l'application de la théorie de l'accessoire s'accommodait mal de cet objectif de sorte que la caution recevait rarement un traitement de faveur. De ce point de vue, la justification de l'inapplication de la théorie de l'accessoire pouvait se recommander davantage de la finalité du cautionnement, d'autant plus que le paiement des créanciers était au cœur de l'organisation des procédures collectives.

91. Ensuite, sous l'empire de la loi de 1985 l'approche de la théorie de l'accessoire n'a guère évolué. Qu'il s'agisse du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, la théorie de l'accessoire n'avait point d'influence sur le sort de la caution car elle ne recevait toujours aucune application légale dans les procédures collectives. Le recul de l'objectif principal de paiement des créanciers²⁰³ n'a pas eu pour conséquence immédiate la protection des intérêts de la caution sans distinction.

92. En outre, les réformes qui ont suivi ont maintenu ce qu'il convient de qualifier de principe traditionnel des procédures collectives c'est-à-dire le principe d'inapplication de la théorie de l'accessoire. Cette fois ci, non plus seulement en considération du droit antérieur, mais d'une approche objective aboutie qui a traversé le temps et l'espace pour s'imposer au praticien comme une évidence, un principe du droit des entreprises en difficulté : L'ouverture d'une procédure collective qui emporte arrêt des poursuites individuelles, n'empêche pas d'agir contre la caution, dans les conditions du contrat. Cela contribue notamment à l'apaisement des banques face au risque de défaillance de leur client entreprise et par ricochet au maintien du crédit.

²⁰² D. Gibirila, préf. *in* Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation : perspective d'évolution du cautionnement en droit OHADA, CS 2016.

²⁰³ V. en ce sens F. Kendérian, *Le sort du bail dans les procédures collectives*, Litec 2010, 3^e éd., préf. J. Monéger, p. 5, n°8.

Que ce soit en droit français ou en droit OHADA, la remise de dettes accordée au débiteur ne profite pas à la caution de façon générale, il faut distinguer selon les procédures. Par exemple, la caution ne peut se prévaloir des dispositions du plan de redressement. Or, eu égard à la théorie de l'accessoire, la remise de dette devrait lui profiter, conformément aux dispositions de l'article 1287 du code civil. Elle constitue également, en principe, une exception inhérente à la dette dont peut se prévaloir la caution dans l'AUS. 93. Le principe d'inapplication de la théorie de l'accessoire était absolu antérieurement à la loi de 1994, le législateur ne se concentrant que sur le rapport fondamental débiteur-créancier. Il existait une approche unique de cette théorie dès lors que la caution ou plus exactement le dirigeant caution n'intéressait pas le législateur. Cette considération a bien évolué depuis les dernières réformes à tel point qu'on assiste désormais à une dualité d'approche de la théorie de l'accessoire.

B. Instauration contemporaine d'une double approche de la théorie de l'accessoire

94. La prise en compte progressive de nouveaux intérêts dans les procédures collectives a entraîné une évolution de l'approche de la théorie de l'accessoire. Le principe précédemment évoqué s'est adouci au fil des réformes notamment depuis celle du 10 juin 1994²⁰⁴. Désormais, il ne s'agit plus d'une inapplication absolue. La nouvelle approche est plus nuancée : la théorie de l'accessoire n'a toujours pas dans le droit des procédures collectives la portée que lui reconnaît le droit commun du cautionnement. L'inapplication de la théorie de l'accessoire n'est plus absolue mais relativise.

95. La loi du 10 juin 1994 a constitué un tournant dans l'application de la théorie de l'accessoire dans les procédures collectives en droit français. C'est par cette loi que le législateur a aligné, pour la première fois, de façon générale, la situation de la caution sur celle du débiteur principal. L'altération de la théorie de l'accessoire par l'activité législative est atténuée depuis de cette loi qui étend la règle de la suspension des poursuites individuelles²⁰⁵ à la caution personne

²⁰⁴ Loi de n° 94-475 du 10 juin 1994, préc.

²⁰⁵ La caution bénéficiait de cette mesure jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire.

physique²⁰⁶. Cette mesure de 994 témoignait de la volonté du législateur d’orienter sa politique vers une protection des intérêts du dirigeant-caution, dans l’optique du redressement du débiteur. Cette mesure pose les jalons d’une philosophie naissante qui va se généraliser avec les réformes à venir non seulement en droit français²⁰⁷, mais aussi dans un droit OHADA caractérisé par la protection prioritaire des intérêts du créancier donc du crédit.

A ce propos, il y a lieu de souligner que jusqu’à la réforme de septembre 2015, l’inapplication de la théorie de l’accessoire, au sens précédemment indiqué, était tout aussi absolue car la réforme française de 1994 n’avait pas influencé le législateur de l’OHADA. En effet, c’est seulement depuis l’AUPC du 10 septembre 2015 qu’en l’occurrence la caution peut, tout comme en droit français, se prévaloir de la règle de la suspension des poursuites pendant la période d’observation en cas de redressement judiciaire. Une reprise de la solution de l’article 38 de la loi du 10 juin 1994²⁰⁸.

96. Cette application timide et progressive de la théorie de l’accessoire dans le droit des entreprises en difficulté n’est pas sans rappeler l’évolution de cette même théorie dans le droit commun. En effet, jadis dans la pratique du cautionnement notamment en droit romain²⁰⁹, la caution était tenue avec rigueur à titre principal²¹⁰. Elle ne recevait pas un traitement identique à celui du « débiteur principal », mais depuis l’époque républicaine les règles applicables aux cautions sont plus souples, de même que ses protections se sont multipliées. C’est ainsi que par exemple à cette époque il a été accordé à la caution un recours contre le débiteur principal (loi *publilia*), mais aussi contre les cofidéjusseurs lorsqu’elle a payé plus que sa part (loi *appuleia*). De plus, après la deuxième renaissance du droit romain en France (XVe et XVIe s.) les règles du bénéfice de division et de discussion ont été accordées à la caution. Telles sont les premières protections dont a bénéficié la caution.

²⁰⁶V. L. 10 juin 1994, art. 38-I (anc. art. 55 al.2 C. com.) : « (...) Le jugement d’ouverture du redressement judiciaire suspend (...) toute action contre les cautions personnelles (par opposition aux cautions réelles) personnes physiques »

²⁰⁷La règle de la suspension des poursuites est désormais étendue aux autres garants personnes physiques, conformément aux dispositions de l’article 622-28 du code de commerce.

²⁰⁸V. *supra* n° 86.

²¹⁰M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.* n°21 : dans la Rome archaïque, l’engagement de la caution n’était pas considéré comme accessoire, la caution était solidairement obligée avec le débiteur principal. Par ailleurs, certains auteurs supposent même que le garant était le seul à être véritablement engagé à l’époque où le *Schuld* (devoir supporté par le débiteur principal) se distinguait du *Haftung* (engagement).

97. Quoi qu'il en soit, ce rapprochement historique permet de mettre en évidence la difficulté pour le débiteur d'adhérer à l'idée selon laquelle l'accessoire suit le principal lorsque plusieurs intérêts sont en présence et surtout si, de surcroît, ils sont antagonistes. Il a fallu attendre la loi de 1994 pour assister à la première véritable application de la règle de l'accessoire résultant d'une disposition expresse du législateur²¹¹. Le droit OHADA se prononcera plus tard.

98. L'application de la règle de l'accessoire il est vrai est fonction des objectifs assignés aux procédures collectives, aussi bien par le législateur français que le législateur de l'OHADA. Ce qui signifie qu'en réalité la théorie de l'accessoire ne s'impose pas d'elle-même dans les procédures collectives, elle est considérablement altérée par celles-ci. Ce choix législatif a donc naturellement des conséquences sur la portée de la théorie sus évoquée et par voie de conséquence sur la protection de la caution. Les procédures collectives sont diverses. Certaines sont orientées vers l'anticipation et la prévention des difficultés de l'entreprise. C'est le cas du mandat ad hoc, de la conciliation, de la sauvegarde et du règlement préventif. D'autres vers le traitement curatif de l'entreprise en difficulté, comme sous le régime de la loi de 1985. Il en est ainsi du redressement ou de la liquidation judiciaires, et de la liquidation des biens. Selon chaque situation le législateur adopte une approche différente de la théorie de l'accessoire.

99. D'un côté, cela signifie que lorsque le législateur assigne prioritairement à une procédure l'objectif de paiement des créanciers ou de traitement des difficultés de l'entreprise, il choisit par la même occasion d'« écarter » l'application de la règle de l'accessoire et donc son impact sur la situation de la caution qui est de ce fait moins protégée. Une telle solution est censée rassurer naturellement les créanciers, renforcer le crédit et rendre le cautionnement un peu plus attractif pour les créanciers²¹². Ce qui explique le caractère absolu de l'approche traditionnelle de la théorie de l'accessoire²¹³. De l'autre, l'essor *crescendo* du caractère préventif de certaines

²¹¹Art. 55 al. 2. L. 25 janv. 1985 ; Nous entendons faire la différence entre cette application de la théorie de l'accessoire et celle qui résulte de l'extinction accessoire de l'engagement de la caution résultant jadis de l'extinction de l'obligation principale pour défaut de déclaration car cette extinction a plutôt été établie par la jurisprudence que par le législateur. Ce qui n'est pas le cas de la suspension des poursuites contre la caution personne physique. Mais comme nous le préciserons dans nos développements cette suspension des poursuites ne constitue qu'une application partielle de la théorie de l'accessoire.

²¹²Par exemple, dans l'hypothèse d'un cautionnement solidaire, l'application de la théorie des coobligés permettra aux créanciers de solliciter le paiement de la caution sans avoir à poursuivre préalablement le débiteur cautionné. De même en cas de pluralité de cautions, les créanciers n'auront pas à diviser leur recours entre les cautions.

²¹³ V. *supra* n° 88 s.

procédures, s'accommodant mal de l'absence de prise en compte des intérêts des principaux acteurs des procédures collectives, notamment ceux qui ont une influence dans le processus de traitement des difficultés de l'entreprise²¹⁴, favorise plutôt une solution de compromis. Celle-ci consiste à appliquer la théorie de l'accessoire dans les procédures dont l'objectif principal est de prévenir les difficultés de l'entreprise.

100. Il existe donc une double approche de la théorie de l'accessoire. Pour certains auteurs, cette nouvelle philosophie constitue tantôt une instrumentalisation de la théorie de l'accessoire²¹⁵, tantôt celle de la situation de la caution²¹⁶. En réalité, la philosophie contemporaine consiste à tirer les conséquences de la théorie de l'accessoire lorsqu'elles participent ou ne dérogent pas à la réalisation des objectifs assignés aux différentes procédures instituées par le législateur. *De facto* la règle de l'accessoire apparaît de ce point de vue comme une théorie « flexible » et « modulable » au contact du droit des entreprises en difficulté donnant ainsi du crédit à la position d'une certaine doctrine privatiste²¹⁷.

101. Un auteur semble mieux illustrer cette approche lorsqu'il suggère que tantôt la règle *accessorium sequitur principale* est respectée dans les procédures collectives²¹⁸, « voire invoquée comme un grand principe au motif que l'accessoire est de l'essence du cautionnement, l'action dirigée contre le garant se voit alors soumise au même régime juridique que celle dirigée contre le débiteur principal ; tantôt, au contraire, la même règle semble altérée ou même totalement

²¹⁴Du débiteur au créancier en passant par le dirigeant caution chacun d'entre eux a un rôle à jouer dans le processus de traitement efficace des difficultés de l'entreprise. Le dirigeant caution est généralement le principal et parfois le seul déclencheur du processus de traitement de ces difficultés. le débiteur va formuler des solutions de redressement avec la collaboration de ses principaux créanciers, tandis que ces derniers sont souvent encouragés à abandonner leur droit de créance afin d'alléger le passif du débiteur.

²¹⁵P. Crocq, *op. cit.* n° 1.

²¹⁶N. Picod, *op. cit.* n° 12, p. 35 et n° 121 : cet auteur retient effectivement le principe de l'instrumentalisation du cautionnement par le droit des entreprises en difficulté dans son exécution, mais il l'atténue aussitôt à l'inverse lorsque la caution solvens doit exercer ses recours (*op. cit.* n° 122).

²¹⁷D. Grimaud, *op. cit.* n° 8; M. Cottet, *op. cit.* n° 6 S.

²¹⁸Consécration en droit français de la suspension des poursuites individuelles contre les cautions durant la période d'observation (art. L. 622-28 C. com).

négligée »²¹⁹ au profit de l'efficacité du cautionnement. C'est ce qui apparaissait encore plus nettement dans l'AUPC originel²²⁰.

102. Le sens traditionnel de la théorie de l'accessoire est ainsi modifié par le législateur du droit des procédures collectives de sorte que son application n'est pas totale dans toutes les procédures. Dans la conciliation, son application peut être totale conformément à l'article L. 611-10-2 du code de commerce et l'article 5-12 alinéa 2 de l'AUPC. En effet, la nouvelle approche implique généralement une dualité de régime, non pas entre la caution solidaire et la caution simple ou entre la caution personnelle et la caution morale, mais entre la caution personne physique et la caution personne morale²²¹. Autrement dit, certains avantages accordés au débiteur dans des procédures déterminées sont appliqués à la caution personne physique et non pas à la caution personne morale²²².

103. C'est déjà ce choix qui a prévalu avec l'extension de la règle de la suspension des poursuites à la caution personne physique sous le régime de la loi de 1994 comme nous l'indiquions précédemment. L'application de la théorie de l'accessoire dans les procédures collectives ne concerne en général que les procédures préventives. En droit français il s'agit des procédures de conciliation et de sauvegarde, tandis qu'en droit OHADA il est question de la conciliation (aussi) et du règlement préventif. On observe ainsi que la caution personne physique, qu'elle soit simple ou solidaire, peut, notamment, se prévaloir de la règle de la suspension des poursuites, pendant la période d'observation, dès l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire²²³ en droit français, et de la procédure du règlement préventif²²⁴ en droit OHADA. Elle peut opposer aux créanciers les délais et remises soit du plan de sauvegarde, soit (désormais) du concordat préventif. Elle peut enfin se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts toujours dans le cadre de la sauvegarde et du règlement préventif.

²¹⁹P. Crocq, *op. cit.* n° 1

²²⁰Avant la récente réforme de 2015, la théorie de l'accessoire ne s'appliquait ni à la suspension des poursuites, comme sous l'empire de la loi française du 25 janvier 1985, conformément à l'article 8 de l'ancien AUS, ni à d'autres avantages accordés au débiteur.

²²¹V. en ce sens P.M. Le Corre, L'évolution du droit des sûretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* p. 217 ;

²²²P.M. Le Corre, *op. cit.* p. 216 : le professeur Le Corre indique la neutralité du droit des entreprises en difficulté face aux sûretés personnelles lorsqu'elles ont été consenties par une personne morale.

²²³Art. L. 622-28 al. 2 C. com.

²²⁴Le législateur OHADA va même plus loin en permettant désormais à la caution personne physique de se prévaloir de la suspension des poursuites dans le cadre du redressement judiciaire (art. 75-1 AUPC).

104. Toutefois, si aujourd'hui le droit français et le droit OHADA partagent cette approche, elle est très récente dans le second. En effet, avant la réforme de l'AUPC du 10 septembre 2015, l'approche du droit français était plus souple que celle du droit OHADA. La situation de la caution était quasiment réglée dans l'AUS. Par exemple la question des remises consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives était réglementée par les dispositions de l'article 29 alinéa 1 AUS. La caution sans distinction peut se prévaloir des remises consenties au débiteur en dehors de toute procédure collective, mais elle ne pouvait s'en prévaloir lorsqu'elles étaient accordées au débiteur à l'encontre duquel une procédure collective était ouverte. En droit commun, elles constituaient une exception inhérente à la dette dont la caution peut se prévaloir, tandis qu'en droit des procédures collectives elles ne l'étaient point.

105. Dans le silence de l'AUS et de l'AUPC, la caution ne profitait pas de la règle de l'arrêt des poursuites contre le débiteur. Contrairement au droit français qui avait instauré dès la loi de 1994 la règle de l'arrêt des poursuites contre la seule caution personne physique. En revanche, l'extinction de la créance non déclarée profitait à la caution sans distinction comme en droit français avant la réforme de 2005²²⁵. L'accessoire étant tributaire du principal, la disparition de ce dernier entraîne celle de l'accessoire conformément à la théorie éponyme.

106. Dans un tel contexte où on assiste à une uniformisation de l'application de la théorie de l'accessoire dans les procédures collectives entre le droit OHADA et le droit français, même si chronologiquement le premier s'aligne sur le second, il est pertinent de se poser la question de la justification de cette approche contemporaine de la théorie de l'accessoire. Les deux systèmes de droit ont des objectifs²²⁶ différents, comme peuvent l'être les intérêts des divers acteurs des procédures collectives.

107. La doctrine justifie le principe d'inapplication de la théorie de l'accessoire dans les procédures collectives par la prépondérance de la finalité du cautionnement²²⁷, parfois, elle

²²⁵ S. Pelletier et L. Madariaga, Le sort des créanciers non déclarés, suite et fin ? *op. cit.* n° 4 s.

²²⁶ Nous précisons que nous faisons allusion ici aux objectifs du droit des procédures collectives ou des entreprises en difficulté.

²²⁷ C. Juillet, Les accessoires de la créance, préf. C. Larroumet, Defrénois 2009, coll. Doctorat&Notariat, n° 487, p. 296

soutient son application partielle au profit de l'anticipation des difficultés de l'entreprise²²⁸. Comme précédemment indiqué²²⁹, le législateur ne se préoccupe pas, en réalité, dans sa fonction normative, de l'affrontement, au demeurant mal posé par la doctrine, entre la théorie de l'accessoire et la finalité du cautionnement. La véritable contrainte à laquelle il est confronté dans son travail normatif consiste à trouver des mesures qui favorisent le traitement des difficultés de l'entreprise que ce soit en amont ou en aval. Par conséquent, pour mener à bien cette analyse, il faut partir du postulat selon lequel la législation sur les procédures collectives poursuit en général des buts économiques qui consistent aussi bien à sécuriser l'investissement²³⁰ qu'à pérenniser une activité entrepreneuriale souvent difficile à mettre en place. De plus, celle-ci est nécessaire pour la paix sociale qui implique une bonne gestion de la cité. Le législateur doit, de ce fait répondre avec pragmatisme et habileté aux difficultés d'une entreprise qui compromettraient ces buts. Dans ce contexte, les règles de droit ne peuvent recevoir en réalité une application sans nuance²³¹, car elles ne répondent pas toujours avec efficacité aux impératifs économiques sus visés²³². La règle de l'accessoire n'y échappe guère, encore moins la protection de la caution.

108. Pour bien comprendre le sens de cette étude, il convient également de souligner que pour répondre à ces exigences économiques le droit des procédures collectives accorde un certain nombre de mesures, comme la suspension des poursuites, et en favorise d'autres, de nature conventionnelle, dans la relation qui lie le débiteur au créancier, comme la remise de dette.

109. Ces mesures ou avantages, constituent de nouvelles modalités d'exécution de l'obligation sensiblement différentes de celles qui ont justifié l'engagement initial de la caution, aussi bien en

²²⁸P. Crocq, *op. cit.* n° 22.

²²⁹V. *supra* n° 50 s.

²³⁰Cas général du droit OHADA : V. en ce sens D. Gibirila, *préf. in* Le cautionnement à l'épreuve du droit de la consommation : perspective d'évolution du cautionnement en droit OHADA, éd. CS 2016, p. 17.

²³¹V. en ce sens N. Borga, *op. cit.* n° 1 s.; P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 22.

²³²V. *supra* n° 66 s. et 107 : plusieurs études ont d'ailleurs démontré l'impact du droit des procédures collectives sur le droit privé de façon générale (E. Chivka, *Droit privé et procédures collectives*, *op. cit.* ; A.S. Algadi, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives : étude à la lumière du droit français*, L'Harmattan 2013), d'autres de façon particulière ont analysé l'impact du droit des procédures collectives sur les sociétés (L.C. Henry, *Droit des sociétés et procédures collectives*, L'Harmattan 2015. G. Courtier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, *préf.* J.Ph. Haehl, LGDJ 2013), ou encore sur les garanties (M. Houssin, *La subordination de créances : analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, *préf.* F.X. Lucas, LGDJ 2018, coll. Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, t. 5 ; S. Farhi, *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté : étude de l'efficacité du mécanisme*, *préf.* P.M. Le Corre, LGDJ 2016, coll. Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, t. 6 ; V. égal. S. Atsarias, *La protection des garants des dettes de l'entreprise*, *préf.* F. Macorrig-Venier, LGDJ 2018, coll. Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté, t. 12).

droit français qu'en droit OHADA. La caution est en principe traitée *in duriores causam*. La protection inhérente à l'application de la règle de l'accessoire lui est accordée dans les procédures préventives et refusée en principe dans les procédures curatives. Dès lors, la situation faite à la caution doit être distinguée, eu égard à l'application éventuelle de la règle de l'accessoire, selon la procédure ouverte.

110. Pour soutenir que la caution est traitée *in duriores causam* dans les procédures collectives, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, il paraît judicieux d'examiner la question sous l'angle de l'influence des procédures collectives sur les effets traditionnellement attachés à la règle de l'accessoire. L'avantage d'une telle approche réside dans le fait qu'elle permet d'épuiser chaque question liée à l'opposabilité ou non par la caution de chacune des mesures accordées au débiteur. Il s'agit essentiellement, de l'arrêt des poursuites individuelles des créanciers antérieurs et de ceux non privilégiés²³³ et de la règle de l'interdiction des paiements²³⁴.

111. Par ailleurs, plusieurs mesures complémentaires peuvent être considérées comme des avantages. Il en est ainsi de la remise de dette et des délais de paiement²³⁵, de l'arrêt du cours des intérêts²³⁶. L'inopposabilité de la créance non déclarée²³⁷ imposera un raisonnement adapté. En revanche, d'autres mesures sont un peu moins avantageuses, telle la déchéance du terme²³⁸. Et ce, dans des procédures bien déterminées et à des phases bien précises de celles-ci.

112. Notre étude propose de comparer les systèmes de droit français et de droit OHADA en termes de traitement de l'impact de chacune de ces mesures sur l'engagement de la caution. Il s'agit donc d'apprécier, dans une optique comparative, le sort de la caution, selon que le débiteur cautionné fait l'objet d'une procédure de conciliation, de sauvegarde, de règlement préventif, ou encore de redressement ou de liquidation judiciaires, ou également de liquidation des biens.

²³³ Art. L. 622-21 C. com. et art. 75 AUPC ; v. également P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 22.

²³⁴ Art. L. 622-7 C. com.; V. égal. C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 711 s.

²³⁵ Art. L. 626-11 C. com.

²³⁶ Art. L. 622-28 C. com.

²³⁷ Art. L. 622-26 C. com.

²³⁸ Art. L. 643-1 C. com.

113. Cependant, s'il est vrai que le législateur français et le législateur de l'OHADA recherchent un équilibre entre la satisfaction du créancier et la protection de la caution²³⁹, en raison de la gravité de son engagement, de nombreux facteurs rendent la tâche complexe. Le traitement *in duriolem causam*, réservé à la caution, laisse au législateur une marge de manœuvre suffisante pour mieux prendre en compte la situation de la caution personne physique, dont l'action ou l'inaction rejaillit nécessairement sur l'effort de prévention, de restructuration ou de redressement de l'entreprise.

114. Pour ce faire, le législateur français, et le législateur de l'OHADA, ont fait le choix, non pas de la neutralité des sûretés²⁴⁰, mais du respect de la volonté des parties au contrat de cautionnement dès l'ouverture d'une procédure collective²⁴¹. Cela se traduit par l'instauration d'un principe partagé d'exécution de l'obligation de la caution aux conditions conventionnelles initiales. L'examen de celui-ci révèle des conséquences parfois nuancées entre le système de droit français et le système de droit OHADA. Dès lors, il conviendra d'examiner successivement l'affirmation du principe d'exécution de l'obligation de la caution aux conditions conventionnelles (Première partie) et sa portée (Deuxième partie).

²³⁹ D. Gibirila, *op. cit.*

²⁴⁰ P.M. Le Corre, *op. cit.* p. 216.

²⁴¹ V. *supra* n° 107 s.

PREMIERE PARTIE

**L’AFFIRMATION DU PRINCIPE
D’EXECUTION DE L’OBLIGATION
DE LA CAUTION AUX CONDITIONS
CONVENTIONNELLES**

115. Le droit des procédures collectives applicable dans le système juridique français et dans le système juridique OHADA instaure une discipline collective qui modifie les conditions d'exécution de l'obligation du débiteur et par ricochet les conditions de recouvrement de la créance du créancier. Ces modifications concernent notamment l'existence de la créance, le montant de la somme due au créancier et le moment de son exécution.

116. Les deux premières hypothèses sont consacrées par la loi. D'abord, celle de l'inopposabilité de la créance non déclarée, alors que le créancier est définitivement forclos²⁴², ou non admise à la procédure, est consacrée en droit français par l'article L. 622-26 du code de commerce, et par l'article 83 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Du fait de l'inopposabilité, la créance du créancier défaillant est ignorée de la procédure et donc du débiteur²⁴³. La règle de la déchéance du terme, constante dans les contrats de prêt, est expressément évoquée dans le code de commerce aux articles L. 622-29²⁴⁴ et L. 643-1²⁴⁵ et à l'article 76 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. La déchéance du terme permet au créancier d'anticiper le recouvrement de sa créance²⁴⁶. Le débiteur doit payer sa dette plutôt que prévu à condition d'avoir été mis en demeure par son créancier²⁴⁷.

117. Dans la dernière, deux règles caractéristiques de la discipline collective sont également consacrées à savoir la règle de l'arrêt des poursuites individuelles contre le débiteur²⁴⁸ et celle de l'interdiction des paiements²⁴⁹. Celles-ci qui sont consécutives à la décision d'ouverture de la

²⁴² Com. 3 nov. 2010, n° 09-70312 ; Com. 6 juin 2018, n° 16-23996

²⁴³ V. en ce sens P.M. Le Corre, La réforme du droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* n° 237.3, p. 136 ; S. Pelletier, L. Madariaga, Le sort des créances non déclarées, suite et fin ? *op.cit.*

²⁴⁴ Dans le cadre du redressement judiciaire, l'article L. 622-29 C. com. consacre la substitution de l'absence de déchéance par la déchéance du terme.

²⁴⁵ L'art. L. 643-1 C. com. consacre la déchéance du terme dans la procédure de la liquidation judiciaire ; V. P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 642.311 s. ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 762 ; M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.* n° 656.

²⁴⁶ V. en ce sens M. Bourassin, V. Brémond, *ibid.* : dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire, les auteurs indiquent à juste titre que la déchéance du terme consécutive au jugement d'ouverture de la procédure a pour effet d'accélérer les répartitions entre les créanciers ayant déclaré leurs créances et admis à la procédure, y compris ceux ayant été relevés de forclusion.

²⁴⁷ Com. 3 juin 2015, n° 14-15655; Bull. civ. 2015, I, n° 131.

²⁴⁸ En droit français : art. L.622-21 s. C. com., art. L.631-14 dans le redressement judiciaire et art. L.641-3 dans le cadre de la liquidation judiciaire ; En droit OHADA : art. 9 AUPC dans le règlement préventif et art. 75 du même Acte uniforme dans le cadre du redressement judiciaire et de la liquidation des biens.

²⁴⁹ Art. L.622-7. I al.1 C. com.

procédure collective²⁵⁰ consistent à priver les créanciers antérieurs et ceux non privilégiés²⁵¹ du droit d'agir en recouvrement de leurs créances. En même temps, elles interdisent au débiteur en difficulté de payer certains créanciers plus vite que d'autres²⁵² ou de préférer certains d'entre eux à d'autres, respectant ainsi le principe de l'égalité des créanciers²⁵³.

118. L'ouverture de la procédure semble alors protéger le débiteur et l'exonérer d'une partie de ses obligations conventionnelles. Dès lors, compte tenu de la règle de l'accessoire on peut légitimement s'interroger sur l'impact de ces règles sur l'engagement de la caution. La question est de savoir si la caution peut se prévaloir de ces nouvelles modalités d'exécution de l'obligation du débiteur ou si l'exécution de son engagement n'est pas influencée par chacune de ces premières mesures caractéristiques de la discipline collective.

119. Une étude approfondie de l'impact de chacune de ces mesures sur l'exécution de l'obligation de la caution révèle un principe partagé entre le droit français et le droit OHADA des procédures qui consiste en l'absence d'influence de celles-ci. La discipline collective semble respecter la volonté des parties au contrat de cautionnement : la caution devra exécuter son obligation de paiement selon les conditions définies par les parties. Autrement dit, le principe retenu en droit français et en droit OHADA consiste en une intangibilité de l'obligation de la caution *in bonis* (Titre 1). Néanmoins, dans un but purement stratégique, notamment préventif, le législateur apporte une dérogation à ce principe en permettant à la caution personne physique poursuivie de se prévaloir des nouvelles modalités qui diffèrent le paiement de la dette du débiteur principal. Il s'agit de la volonté du législateur de soustraire la caution personne physique aux poursuites des créanciers (Titre 2).

²⁵⁰ Une nuance doit cependant être apportée en cas d'ouverture de la conciliation aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Dans celle-ci, l'arrêt ou la suspension des poursuites est consécutive à l'homologation de l'accord par le tribunal ou à la constatation de l'accord par le président du tribunal de commerce.

²⁵¹ Les créanciers non privilégiés sont ceux qui ne bénéficient pas du privilège de l'article L. 622-17 C. com. (V. C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 664 s.).

²⁵² La volonté du législateur est d'éviter que l'ouverture de la procédure ne soit « le prix de la course » : expression juridico-technique qui fait référence à la situation dans laquelle les créanciers qui poursuivraient plus vite le débiteur seraient plus vite payés que ceux qui accepteraient de patienter pour réclamer leur paiement. Ceux qui agiront plus vite auront plus de chances d'être payés, peu importe le montant des sommes réclamées ; V. C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 713.

²⁵³ Dans la mesure où le débiteur n'est pas en mesure d'apurer tout son passif sans léser certains de ses créanciers, le principe de l'égalité des créanciers consiste à faire supporter à chacun d'entre eux une part égale dans la perte commune.

TITRE 1. L'INTANGIBILITE DE L'OBLIGATION DE LA CAUTION IN BONIS

120. Traditionnellement le droit des procédures collectives observe une forme de neutralité dans la mise en œuvre des sûretés en général²⁵⁴, et du cautionnement en particulier. Le législateur ne se prononçait pas jadis sur l'impact des mesures caractéristiques du droit des procédures collectives sur la caution. Cela revenait à admettre l'application des règles du droit commun du cautionnement dès la décision d'ouverture de la procédure. Autrement dit, le silence du législateur favorisait le respect de la volonté des parties au contrat de cautionnement. Ce qui se recommandait des dispositions de l'ancien article 1134 du code civil²⁵⁵ et de la finalité du cautionnement²⁵⁶. L'exécution de la caution aux conditions contractuelles constitue un principe du droit des procédures collectives applicable en France et dans l'espace OHADA ainsi qu'on tentera de le démontrer ici. L'obligation de paiement de la caution n'est pas en principe influencée par l'ouverture d'une procédure collective du débiteur. La caution exécute celle-ci telle que contractuellement convenue. Il en résulte une intangibilité de l'engagement de la caution.

121. Une nuance a été apportée par la loi de 1994²⁵⁷, et par l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif de 2015²⁵⁸. Dans une philosophie incitative pour les procédures préventives²⁵⁹, et dans une moindre mesure pour le traitement des difficultés de l'entreprise particulièrement en droit OHADA²⁶⁰, l'intangibilité de l'obligation de la caution est absolue pour la caution personne morale et relative pour la caution personne physique. Peu importe la nature des mesures arrêtées pour le sauvetage de l'entreprise en difficulté, la caution doit honorer son engagement comme elle s'y est initialement engagée à l'égard du créancier. Ainsi, dans un plan de redressement judiciaire, l'obligation de la caution, personne physique ou personne morale, est maintenue nonobstant l'inopposabilité de la créance non déclarée au débiteur principal. L'obligation de la caution est ainsi liée, non pas au débiteur,

²⁵⁴ P.M. Le Corre, Droit des sûretés - L'évolution du droit des sûretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* p. 216.

²⁵⁵ Anc. art. 1134 C. civ. (devenu art. 1103).

²⁵⁶ V. *supra* n° 51 s.

²⁵⁷ L. 10 juin 1994, préc.

²⁵⁸ AUPC 10 sept. 2015, préc.

²⁵⁹ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 84 s. et n° 112

²⁶⁰ V. *infra* n° 537 s.

mais à l'existence de la dette de ce dernier. Il en est de même en liquidation judiciaire. La forclusion ne s'oppose pas à la poursuite du garant. Le moment du paiement sera celui initialement prévu par les parties, dans les conditions de droit commun, il sera prépondérant au moment de l'ouverture de la procédure et ce malgré les nouveaux délais de paiement accordés au débiteur en difficulté ; le garant ne peut s'en prévaloir, sauf le délai résiduel de l'article L 622-28 pour les garants personnes physiques. L'exécution de l'obligation de la caution se fait dans les conditions initialement convenues entre les parties. La caution est ainsi tenue de payer ponctuellement (Chapitre 2) la dette cautionnée (chapitre 1)

CHAPITRE 1. LE MAINTIEN DE L'OBLIGATION DE PAIEMENT DE LA CAUTION

122. En droit commun, le recouvrement d'une créance inexécutée ou partiellement exécutée implique qu'elle soit non prescrite, certaine, liquide et exigible²⁶¹. La créance réunissant tous ces caractères permet à son titulaire d'exercer les recours nécessaires à son paiement contre le débiteur principal ou ses garants. Ces conditions ne semblent pas être remises en cause dans le cadre des procédures collectives. En revanche, le créancier qui souhaite se faire payer doit remplir une condition supplémentaire caractéristique du droit des procédures collectives : la production ou la déclaration de la créance réclamée. Celle-ci consiste, pour le créancier ou pour « tout préposé ou mandataire de son choix »²⁶², dans un délai porté désormais à 60 jours en droit OHADA²⁶³ autant qu'en droit français, à saisir le représentant des créanciers²⁶⁴ ou le liquidateur pour leur signifier son intention de recouvrer sa créance naturellement dans le cadre de la procédure. L'intérêt d'une telle démarche réside dans la connaissance ou l'évaluation traditionnelle du passif total du débiteur en difficulté. Ce qui, comme le souligne un auteur, « revient à identifier ses véritables créanciers »²⁶⁵.

123. La doctrine présente généralement cette procédure comme une demande en justice²⁶⁶, désormais comme un acte conservatoire depuis la réforme de 2014. Son défaut emporte une sanction qui a évolué au fil des législations aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. En effet, le défaut de déclaration qui peut résulter essentiellement soit, d'une absence de déclaration, d'une déclaration tardive c'est-à-dire au-delà du délai requis à cet effet, soit d'une décision de non relevé de forclusion²⁶⁷, était jadis sanctionné, en droit français, puis en droit OHADA, par

²⁶¹ Civ. 2, 8 janv. 2015, n° 13-27631 ; CCJA, 8 janv. 2004, n° 07/2004

²⁶² V. L. 622-24 al.2 c.com. réd.ord.12 mars 2014, égal.al.3 à propos de la déclaration du débiteur pour le compte du créancier.

²⁶³ Art. 78 al.1 AUPC ; Ce délai était de 30 jours avant la réforme de 2015 (anc. art. 78 al.1 dans sa rédaction issue de l'AUPC de 1998).

²⁶⁴ En droit français : il s'agira du mandataire judiciaire dans la sauvegarde ; En droit OHADA : il s'agira du syndic

²⁶⁵ A. Ghozi, Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif, RTD com. 1978, 1, n° 2 ; V. également en ce sens C. Gallou, Droit des sûretés-Droit des entreprises en difficulté, Larcier, coll. Paradigme, 2^e éd. 2015, n° 529 s.

²⁶⁶ B. Soinne, *op. cit.* p. 22

²⁶⁷ V. sur la procédure de relevé de forclusion : M. Jeantin et P. Le Cannu, Droit commercial, Entreprises en difficulté, D. 7^e éd., n° 502 s.

l'extinction de la créance non déclarée²⁶⁸ ou non produite. Autrement dit, le créancier forclos ou négligent perdait sa créance. Cette sanction, récemment encore pratiquée en droit OHADA, a été supprimée par le législateur français lors de la réforme de 2005²⁶⁹.

124. Désormais, la sanction-extinction a laissé place à la sanction de l'inopposabilité de la créance non déclarée, dont le seul véritable gagnant est le créancier forclos. Celui-ci ne perd plus sa créance non déclarée, simplement il ne peut plus exercer son droit de poursuite à l'encontre du débiteur principal pour le contraindre à lui payer sa créance durant la procédure. La sanction de l'inopposabilité qui s'est substituée à la sanction extinction en droit français depuis 2005 et en droit OHADA dix années plus tard ne fait pas disparaître la créance, elle fait perdre au créancier défaillant le droit de participer aux répartitions et aux dividendes²⁷⁰. A travers cette nouvelle sanction, le législateur approuvait la doctrine majoritaire qui avait relevé le caractère sévère et inapproprié de la sanction-extinction²⁷¹. Elle suggère la possibilité pour le créancier de jouir ultérieurement ou dans d'autres conditions de son droit de créance. Il en est ainsi lorsqu'il dispose d'une garantie en générale et d'un cautionnement en particulier.

125. Pour les législateurs français et OHADA, la caution, qui a garanti la créance du créancier forclos avant l'ouverture de la procédure collective ne peut ni se libérer de son obligation comme jadis, ni refuser de payer le créancier forclos sous prétexte que celui-ci ne peut se prévaloir de sa créance auprès du débiteur lui-même. La caution doit payer le créancier forclos, comme elle s'y était initialement engagée. La nouvelle sanction de l'inopposabilité n'influence pas, comme cela était le cas de l'ancienne sanction, l'existence et l'exécution de son obligation aussi bien en droit français qu'en droit OHADA depuis la réforme de l'AUPC du 10 septembre 2015. En d'autres termes, la créance non déclarée, et à défaut de relevé de forclusion, est opposable à la caution *in bonis*. Il s'agit du regain du paiement de la créance non déclarée (Section 1). Ce paiement semble néanmoins limité dans les différentes phases de la procédure (Section 2).

²⁶⁸ Art. 41 al. 2 L. 1967 ; art. 53 al. 4 de la loi du 25 janv. 1985 devenu art. L. 621-46 al. 4 C. com.

²⁶⁹ S. Pelletier, L. Madariaga, *op. cit.* n° 11 s.

²⁷⁰ P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 237.3; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 796 s. ; S. Pelletier, L. Madariaga, *op. cit.* n° 13.

²⁷¹ V. en ce sens F. Pérochon, Fraude du débiteur et poursuites du créancier forclos, in Mél. A. Honorat, Procédures collectives et droit des affaires, éd. Frison-Roche, 2000, p. 161 et Entreprises en difficulté, LGDJ 2014, 10^e éd., n° 1558, p. 720 ; C. Saint Alary-Houin, *op. cit.* n° 796. S. Pelletier, L. Madariaga, *op. cit.* n° 5.

Section 1. Le regain du paiement de la créance non déclarée

Tableau 1. Comparaison de l'évolution du sort de la caution face à la sanction du défaut de déclaration en droit français et droit OHADA

	L. du 13 juill. 1967	L. du 25 janv. 1985	L. 26 juill. 2005	Ord. du 18 déc. 2008
DROIT FRANÇAIS Situation du débiteur	<i>Sanction du défaut de déclaration :</i> Art. 41 al. 2 : Sanction extinction	<i>Sanction du défaut de déclaration :</i> Art. 53 al. 4 : Sanction extinction	<i>Sanction du défaut de déclaration :</i> Art. 34 : Mutisme du législateur : Inopposabilité implicite de la créance non déclarée	<i>Sanction du défaut de déclaration :</i> Art. L.622-26 : Inopposabilité explicite de la créance non déclarée pendant l'exécution du plan et au cas de « bonne fin » du plan
Situation de La Caution	<i>Mutisme sur le sort de la caution</i> Opposabilité implicite de la sanction extinction par la caution	<i>Mutisme sur le sort de la caution</i> Opposabilité implicite de la sanction extinction par la caution	<i>Mutisme sur le sort de la caution</i> Inopposabilité implicite de la sanction inopposabilité	Principe : Inopposabilité explicite aux cautions personnes physiques, pendant l'exécution du plan

DROIT OHADA	AUPC 10 avril 1998	AUPC 10 septembre 2015
Situation du débiteur	Sanction du défaut de production : Art. 83 : Sanction extinction explicite de la créance non déclarée	Sanction du défaut de déclaration : Art. 83 : Sanction inopposabilité explicite de la créance non déclarée
Situation de la caution	Mutisme sur le sort de la caution Opposabilité implicite de la sanction extinction par la caution	Mutisme sur le sort de la caution Inopposabilité implicite de la sanction inopposabilité par la caution

126. Une des aspects majeurs du droit des procédures collectives dans la pratique contemporaine réside sans nul doute dans l'évolution du sort de la caution face à la sanction du défaut de déclaration. En droit français, ainsi que nous l'indique le tableau ci-dessus, cette évolution s'est déroulée en trois principales phases correspondant aux trois grandes réformes du droit des procédures collectives. C'est notamment au terme de la dernière que le législateur a expressément déterminé le sort de la caution. Une manière de poursuivre un processus de prise en compte des intérêts de la caution dans les procédures collectives, initié avec la loi du 10 juin 1994. Contrairement à l'objectif initial visé au début de ce processus au profit de la caution personne physique, l'examen de l'évolution de l'incidence du défaut de déclaration de la créance sur la caution révèle une évolution en sa défaveur dans l'ensemble. Dans ce contexte le droit OHADA n'a pas dérogé à cette nouvelle technique législative. Dès lors, les deux dernières plus grandes réformes initiées par les deux législateurs ont affaibli le sort de la caution par rapport aux législations antérieures.

127. Le droit français et le droit OHADA ont tous deux supprimé la sanction- extinction dont la caution pouvait se prévaloir pour se soustraire à son engagement à l'égard du créancier négligent. Désormais, elle doit répondre de son engagement aussi bien à l'égard du créancier diligent, que négligent. C'est donc le créancier qui a été *a priori* avantagé dans ces dernières et récentes réformes du droit des procédures collectives. La caution ne peut se prévaloir de la nouvelle sanction de l'inopposabilité dont profite le débiteur. Il s'en suit qu'en droit français comme en

droit OHADA, la caution est privée du bénéfice de l'extinction de la créance non déclarée (Paragraphe 1). Les législateurs français et OHADA rendent celle-ci opposable à la caution. En revanche, ils adoptent une approche distincte de cette opposabilité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La privation du bénéfice d'extinction de la créance non déclarée

128. Avant la réforme française du 26 juillet 2005, la situation de la caution face à un créancier forclos était conforme au droit commun du cautionnement²⁷². Il suffisait que ce dernier ne produise pas sa créance et qu'il ne soit pas relevé de sa forclusion pour que la caution soit déchargée de son engagement. La caution pouvait se prévaloir d'une exception inhérente à la dette. Elle profitait alors d'une implication essentielle de la règle de l'accessoire qui suggère que la caution ne soit pas plus durement traitée que le débiteur principal²⁷³. Un éminent auteur résumait d'ailleurs parfaitement cette situation dans le droit antérieur, en observant que « l'essence du cautionnement étant que le fidéjusseur soit obligé pour un principal débiteur, il ne peut plus être obligé lorsqu'il n'y a plus de principal débiteur pour qu'il soit obligé »²⁷⁴.

129. Pendant presque une décennie c'est-à-dire entre janvier 2006 et décembre 2015, le droit français et le droit OHADA se sont distingués sur cette question. Le premier ne sanctionnait plus la négligence du créancier par l'extinction de sa créance tandis que le second appliquait toujours cette sanction traditionnelle. Le droit OHADA apparaissait dès lors, dans un contexte d'attractivité juridique, comme un droit plus protecteur pour la caution que pour le créancier. Ce qui ne semblait pas cadrer avec l'esprit initial de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Comment expliquer la convergence de ces deux systèmes de droit sur la privation de la caution d'une cause de décharge de son obligation de paiement ?

130. Pour mieux appréhender la nouvelle situation de la caution, la justification de celle-ci (A), précèdera sa consécration en droit français et en droit OHADA (B).

²⁷² M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.* n° 627.

²⁷³ Art. 2290 C civ. et art. 17 al. 3 AUS.

²⁷⁴ Pothier, *Traité des obligations*, D. 2011, préf. J.L. Halpérin, n° 377, p. 179.

A. La justification de la suppression de la sanction extinction

131. On peut se demander s'il est opportun de s'interroger sur les raisons qui motivent la suppression d'une mesure législative favorable au débiteur principal et à la caution, surtout lorsque celle-ci sanctionne durement le créancier négligent. Le droit des procédures collectives étant un droit de compromis²⁷⁵, le législateur est sans cesse à la recherche d'un équilibre entre les intérêts des différents acteurs du déroulement de la procédure. L'interrogation a toute son importance, car le choix du législateur de protéger les intérêts exclusifs d'une de ces parties a des conséquences sur l'attractivité du droit pour les acteurs économiques notamment sur le plan international.

132. Par ailleurs, la suppression de la sanction antérieure témoigne des insuffisances de celle-ci, de ses limites ou encore de son inadaptation à un contexte socio-économique donné²⁷⁶. A ce propos le principal grief formulé à son encontre était sa très grande rigueur²⁷⁷. Elle était particulièrement excessive et radicale eu égard aux conséquences de la négligence du créancier. Sa suppression se justifie notamment par son caractère disproportionné (I). En revanche, dans un contexte économique, sociologique et juridique africain aussi complexe que variable, l'ancienne sanction, héritée de la loi de 1985, est apparue inadaptée aux spécificités du droit OHADA au point où une réforme était dans tous les cas prévisible (II).

I. Le caractère disproportionné de la sanction extinction

133. La sanction de la négligence du créancier qui consistait à mettre fin à l'existence de sa créance était purement excessive. Même si l'idée de sanction pouvait se concevoir, les sûretés doivent être maintenues. La doctrine l'avait parfaitement relevé²⁷⁸. Le choix des législateurs français et OHADA ne peut être qu'approuvé. L'ancienne sanction était excessive et déséquilibrée au point d'être abandonnée par le législateur. Dans cette optique, partant du postulat selon lequel une sanction doit être à la mesure de la faute commise par son auteur et du préjudice

²⁷⁵ V. *supra* n° 69 s.

²⁷⁶ V. *infra* n° 153 s.

²⁷⁷ V. *supra* n° 124

²⁷⁸ V. *supra* n° 124

subi la sanction-extinction était effectivement sévère et plus exactement inadaptée à la gravité de la faute supposée du créancier non déclarant.

134. Par analogie au droit pénal, les sanctions réservées aux auteurs de crimes sont distinctes de celles qu'encourt l'auteur d'une contravention. Cette distinction repose notamment sur la gravité du préjudice subi par les victimes. Un meurtrier qui ôte la vie d'un homme ne peut recevoir la même sanction qu'une personne qui s'est introduite dans un magasin et a commis le vol d'un produit du magasin. L'un recevra une peine plus lourde que l'autre, car la perte d'une vie est plus grave que le vol d'un produit qui, puis ait, peut être retrouvé contrairement à la vie ôtée. Il en est de même des sanctions disciplinaires dont peuvent faire l'objet les praticiens hospitaliers. En ce sens, le juge administratif retient que la sanction disciplinaire infligée à un praticien hospitalier doit être proportionnée aux fautes établies qu'il a commises comme pour l'ensemble des agents publics²⁷⁹.

135. En tout état de cause, il y a lieu d'observer que le droit admet généralement des sanctions proportionnées aux fautes commises par les justiciables. En ce sens, il y a lieu d'observer que la sanction suprême de l'extinction de la créance (b) pour un créancier est excessive et disproportionnée au regard de la relative gravité du défaut de production pour le débiteur (a).

a. La gravité relative du défaut de déclaration pour le débiteur

136. Généralement qualifiée de demande en justice²⁸⁰, la production de créances permet au créancier de préserver ses droits dans le cadre de la procédure. Pour le débiteur et les organes de la procédure, la production de créances par les créanciers est le moyen par excellence de connaître l'étendue de son passif en vue de préparer son apurement. Le défaut de production aurait pour principale conséquence une connaissance approximative du passif du débiteur. Néanmoins, si cette approximation est de nature à augmenter la part réelle de chaque créancier déclarant dans les répartitions et les dividendes, il n'en demeure pas moins qu'elle engendre une mauvaise distribution de celles-ci. En d'autres termes, un apurement du passif tronqué, car les

²⁷⁹ CAA Nancy, 26 oct. 2017, n° 17NC00853

²⁸⁰ A. Ghozi, *op. cit.* n° 12.

créances non produites seront toujours dues par le débiteur sous réserve du retentissement des mesures de protection dont bénéficie le débiteur.

137. En outre, cette approximation affecte davantage l'organisation et la distribution des dividendes et plus exactement la quote-part réelle que chaque créancier est en mesure de recevoir à un moment déterminé et pour un montant précis proportionnel à sa créance. Le préjudice relatif que subirait le débiteur suite au défaut de production s'apprécie mieux lorsqu'on examine le sens réel de la production de créances. Savoir à quoi sert la production et connaître son but permet de comprendre qu'en réalité celui qui a tout à perdre du défaut de déclaration de créance est bien le créancier et non le débiteur dès lors que la production de créance doit en permettre le paiement.

138. En premier lieu, il convient d'observer que la production ou la déclaration de créance constitue une mesure traditionnelle d'organisation de l'apurement collectif du passif²⁸¹. L'hypothèse est de suggérer au créancier qui a fait connaître son droit de créance au syndic de renoncer à une partie ou à la totalité de la dette qu'il a déclarée de sorte que le passif du débiteur en sera réduit. Seules les créances qui sont portées à la connaissance de la procédure seront traitées dans ce cadre particulier. Le débiteur ne pourra répondre d'autres créances que s'il redevient *in bonis* c'est-à-dire à la clôture de la procédure. De fait, la créance non déclarée ne lui cause *a priori* aucun préjudice.

A ce titre, la différence avec la déchéance du terme réside dans la simultanéité du traitement de tous les créanciers. L'égalité dont il est question ici concerne uniquement ceux qui ont manifesté leur volonté individuelle d'être payé peu importe le moment de leur paiement. Pourtant, techniquement, ces deux conditions semblent indissociables dans le cadre des procédures collectives dans la mesure où le créancier qui peut réclamer un paiement anticipé au débiteur sera celui qui aura au préalable déclaré ou produit sa créance. Par conséquent, la déchéance du terme est inopérante dans le cadre de la procédure tant que le créancier n'a pas porté sa créance à la connaissance des organes de la procédure. De même, par souci d'équité les créanciers diligents doivent être mieux traités que ceux qui le sont moins dans le cadre de la procédure. Une solution contraire serait incohérente.

²⁸¹ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 765, p. 498

139. Il existe ainsi une réelle volonté du législateur de faire en sorte que par exemple les fruits de la vente de meubles et immeubles du débiteur ne profitent pas uniquement au plus diligent, au plus rapide, au premier à s'être fait connaître du syndic, mais à tous ceux qui sont collectivement diligents, car la discipline collective n'implique pas le prix de la course. Le délai de production, qui est désormais de 60 jours²⁸², permet de prendre en compte toutes les dettes du débiteur pour un traitement collectif. Dans cette optique, seules les créances qui ont été produites par leurs titulaires feront l'objet d'un tel traitement dans le cadre de la procédure.

140. En second lieu, au-delà de cet aspect technique, la déclaration de créance vise également à protéger davantage les intérêts du créancier déclarant. Déclarer sa créance constitue pour le créancier la manifestation de sa volonté de se faire payer. Pour s'en convaincre il suffit d'observer la sanction adoptée par les différents systèmes qui sanctionnent la négligence du créancier. Tel est notamment le cas du droit français et du droit OHADA. En effet, si l'on prend la question de la volonté du créancier d'être payé en ayant à l'esprit la sanction extinction, ou l'inopposabilité de la créance non déclarée, il est évident que le créancier qui cherche à produire sa créance à la procédure le fait pour que sa créance soit payée. Car s'il ne le fait pas, il ne sera pas payé en application des dispositions des articles L. 622-26 du code de commerce et 83 AUPC. La production de la créance entraîne deux effets simultanés dont l'un est immédiat, la connaissance individuelle du créancier par les organes de la procédure²⁸³ chargés de procéder aux répartitions et au paiement des dividendes qui constituent l'autre effet postérieur de la production. En d'autres termes, le créancier qui ne se fait pas connaître dans un délai de 60 jours auprès du syndic ne recevra pas son paiement, même dérisoire, de la part du débiteur en difficulté de façon générale.

141. Cependant, si la déclaration ou la production de la créance constitue la volonté des créanciers sans distinction d'être payé par le débiteur, elle révèle également la volonté du créancier ayant garanti sa créance par un cautionnement d'être payé par la caution en cas de défaillance définitive du débiteur. De ce fait, faute de production de leur créance, les créanciers

²⁸² Art. L. 622-24 s. C. com.

²⁸³ C. Juillet, *op. cit.* n° 502.

ne pouvaient opposer à la caution la créance non produite du fait de son extinction²⁸⁴. C'est notamment la solution qui avait été retenue par la Cour de cassation française sous le régime de la loi du 25 janvier 1985 qui sanctionnait jadis en droit français le défaut de déclaration par l'extinction de la créance non déclarée²⁸⁵.

142. A l'évidence, le législateur organise la sanction du défaut de déclaration autour de la privation du droit au paiement auquel le créancier aurait pu prétendre en déclarant sa créance. Cela explique notamment que le créancier ait toujours été privé des distributions et des dividendes. La négligence du créancier le prive de tout paiement issu de la procédure, et bien plus encore, de toute possibilité de participer aux négociations cruciales entre tous les créanciers et le débiteur. Dès lors, la déclaration de créance apparaît comme la volonté du créancier déclarant de protéger son droit de créance au cours de ces négociations.

143. Par sa déclaration de créance, le créancier entend protéger son droit de créance dans les négociations envisageables avec le débiteur dans l'optique du redressement de l'entreprise. En ce sens un auteur souligne que la production de créances permet au créancier de « participer aux différentes modalités de traitement du passif, résultant, selon les cas, du plan de continuation de l'entreprise, ou du plan de cession, ou encore de la liquidation »²⁸⁶. Par exemple, le créancier qui a déclaré ses créances peut accepter ou non d'accorder des délais et des remises de dette au débiteur et éviter de se voir imposer des délais de paiement. Etant définitivement admis à la procédure, il est représenté par le mandataire judiciaire²⁸⁷, lequel assure la préservation de ses droits dans la sauvegarde et le redressement judiciaire, ou le liquidateur, dans le cadre de la liquidation judiciaire²⁸⁸, ou le syndic²⁸⁹.

La discipline collective ne permet toujours pas à chaque créancier de défendre ses intérêts individuellement. Ceux-ci sont défendus par leur représentant, seul organe habilité à parler au nom des créanciers dans les procédures collectives dans toutes les instances décisionnelles. C'est

²⁸⁴ Com. 17 juill. 1990 (2 arr.), Bull. civ. 1990, IV, n° 214 et 215 ; Com. 30 mars 1993, Bull. civ. 1993, IV, n° 124 ; Com. 25 oct. 1994, Bull. civ. 1994, IV, n° 312 ; Com. 6 déc. 1994, Bull. civ. 1994, IV, n° 362 ; Com. 11 juin 1996, Bull. civ. 1996, IV, n° 167 ; Com. 23 juin 1998, Bull. civ. 1998, IV, n° 204 ;

²⁸⁵ L. 25 janv. 1985 art. 53 al.2

²⁸⁶ F. Rizzo, *op. cit.* n° 408, p. 476.

²⁸⁷ Art. L. 622-20 al. 1 C. com.

²⁸⁸ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1229.

²⁸⁹ Art. 43 AUPC.

une des raisons pour lesquelles il est nécessaire pour lui de faire connaître sa créance à ce dernier. Le créancier qui n'a pas produit ou déclaré sa créance n'est pas représenté dans la procédure, ce qui fragilise considérablement la protection de ses intérêts. Il a tout intérêt de suivre la procédure de déclaration de créance.

144. Il convient donc d'admettre qu'un créancier dont la créance n'a pas été déclarée dans les délais légaux ou celui dont la créance n'a pas été définitivement admise est hors procédure ainsi que sa créance. La conséquence directe aurait consisté pour ce dernier à effectuer des recours en paiement contre le débiteur en dehors de la procédure dont il a été écarté ou dont il s'est écarté. Toutefois, le dispositif juridique dont bénéficie le débiteur dans les procédures collectives, notamment la suspension des poursuites et l'interdiction des paiements, fait échec à une telle démarche. Le débiteur n'a rien à craindre des créanciers non déclarants à moins qu'il ne redevienne *in bonis*. Il apparaît clairement que le défaut de déclaration n'est pas préjudiciable au débiteur, mais plutôt au créancier non déclarant.

145. Aussi, la forclusion en elle-même n'est pas ici remise en cause. Retiré au créancier non déclarant le droit de bénéficier des dividendes ou des répartitions dans la procédure est une chose, Sanctionner la forclusion par l'extinction définitive de la créance, en est une autre. Il en résulte que, celle-ci aurait eu du sens si le défaut de déclaration causait réellement du tort au débiteur, ce qui n'est pas le cas. Par conséquent, il ne paraît pas inexact d'affirmer que cette extinction était une sanction extrême d'autant plus que sa portée était très large.

b. La portée très large de l'extinction

146. Quand on examine les conséquences de la sanction du défaut de production, on est tenté de se demander si la volonté du législateur des procédures collectives était réellement de décharger complètement le débiteur de la créance non déclarée. La difficulté réside dans le fait que, contrairement à son homologue français, ou européen, les raisons du législateur communautaire ne sont pas toujours portées à la connaissance du public. Il faut donc se reporter aux motivations des lois françaises de 1967 et 1985, dont il s'est largement inspiré. Or, il ressort de ces dernières que la sanction extinction avait pour but d'alléger le passif du débiteur et de sanctionner le créancier négligent en le privant de sa créance dans le cadre de la procédure (1) et en dehors (2).

1. Dans la procédure

147. On distingue généralement l'extinction de l'obligation avec satisfaction du créancier²⁹⁰ et l'extinction sans satisfaction²⁹¹ c'est-à-dire sans que le créancier ait reçu le paiement de sa créance. C'est dans cette catégorie qu'il convient de ranger *mutatis mutandis* la sanction extinction de la créance non déclarée dans le cadre des procédures collectives antérieures à la loi de sauvegarde de 2005 en droit français et à la réforme de l'AUPC de 2015 en droit OHADA. Cette sanction s'inscrit néanmoins dans un cadre général de redressement de l'entreprise qui consiste en partie à mettre en œuvre des solutions qui privent les créanciers de leurs droits dans la procédure²⁹². En d'autres termes, l'ancienne sanction consistait dans l'extinction de la créance non déclarée lorsque celle-ci n'était pas produite dans un délai préfix de deux mois²⁹³ ; la prestation que le débiteur devait au créancier ayant disparu, il ne lui était plus redevable. De fait, le défaut de production ou déclaration de créance constituait, dans le cadre des procédures collectives, une cause d'extinction du contrat de cautionnement pour extinction de l'obligation principale²⁹⁴. La caution était donc déchargée de son obligation²⁹⁵. La sanction du défaut de déclaration réalisait, de ce point de vue, l'effet principal des autres causes d'extinction du contrat dont les principales sont la résolution²⁹⁶, la résiliation et la nullité d'un contrat notamment. Pour autant, l'extinction de la créance non déclarée ne pouvait être assimilée à ces dernières.

Par exemple, s'agissant de la résolution, celle-ci doit être demandée en justice par le créancier de l'obligation et ne peut intervenir de plein droit²⁹⁷, mais pour ce qui est de la sanction-extinction du défaut de production, celle-ci constitue davantage un moyen de défense du débiteur. L'entreprise en difficulté poursuivie pourra opposer à son créancier l'extinction de sa dette. Or, toute créance implique le droit du créancier d'agir contre le débiteur c'est-à-dire de le poursuivre en paiement. Il en résulte qu'une dette éteinte ne peut plus faire l'objet d'une demande en

²⁹⁰ A. Bénabent, n° 815 ; V. également Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op.cit.* n° 1074.

²⁹¹ V. en ce sens A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op.cit.* n° 959.

²⁹² M. Tanger, *op. cit.* n° 361 (art. 53 al.3 L. 25 janv. 1985).

²⁹³ V. *infra* n° 161 s.

²⁹⁴ S. Pelletier, L. Madariaga, *op.cit.* n° 1 s.

²⁹⁵ Com. 19 juin 1984, Bull. civ. IV, n° 198; 17 juill. 1990, Bull. civ., IV, n° 214 et 215 ; S. Pelletier, L. Madariaga, *op.cit.* n° 6 (y compris les arrêts cités en note de bas de page) ; V. également M. Bourassin, V. Brémond, *op.cit.* n° 627

²⁹⁶ Art. 1229 C. civ. ; V. également Ph. Malaury, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op.cit.* n° 903 s.

²⁹⁷ A. Bénabent, *op. cit.* n° 394.

paiement. L'extinction de la créance non déclarée entraîne, pour le créancier, l'extinction de son droit d'agir qui en est l'accessoire.

148. Par ailleurs, contrairement aux conséquences de la règle de l'arrêt des poursuites contre le débiteur, le droit d'agir ou le droit de poursuite du créancier n'est pas suspendu, mais il est éteint. Le créancier ne peut plus l'exercer qu'il retrouve ou non son droit de poursuite dans la liquidation des biens. La créance qui lui confère ce droit n'existant plus, celui-ci, étant accessoire, il n'a plus lieu d'être. La sanction extinction du défaut de déclaration ou de production est, de loin, la mesure la plus sévère du droit moderne des entreprises en difficulté. Moins ancienne et populaire que la règle de l'arrêt des poursuites, mais plus dure pour les créanciers antérieurs. Elle est d'autant plus dure que même lorsque dans la liquidation judiciaire, le créancier qui retrouve son droit de poursuite suspendu par application de la règle de l'arrêt des poursuites, ne peut toujours pas exercer son droit d'agir. En ce sens, le droit de poursuite du créancier forclos dans la liquidation des biens est au droit OHADA ce que le créancier antérieur soumis à l'arrêt des poursuites dans la liquidation judiciaire est au droit français, car celui-ci, malgré la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif, ne retrouve pas son droit de poursuite. La fin de la procédure collective ne semblait donc pas limiter les conséquences de la sanction extinction de la créance non déclarée, car celle-ci déployait ses effets au-delà du cadre restreint des procédures collectives.

2. En dehors de la procédure

149. Généralement, toute mesure prise dans le cadre des procédures collectives ne dure que le temps de celle-ci. C'est notamment le cas de la suspension des poursuites et de l'interdiction de paiement qui privent le créancier du droit de contraindre le débiteur à exécuter son obligation durant toute la procédure collective notamment en droit français²⁹⁸. En revanche, une fois la procédure clôturée et les répartitions effectuées, les créanciers devraient retrouver la pleine possession de leurs droits et leur plein exercice dans les conditions du droit commun. La sanction liée au défaut de production déroge à cet usage. Nonobstant la mort juridique du débiteur en

²⁹⁸ V. en ce sens C. Saint-Alary-Houin, *op.cit.* n° 706 s. : ici il convient d'indiquer que le créancier peut reprendre ses poursuites une fois que la cause de leur suspension a disparue c'est-à-dire si le débiteur a réussi à faire face à ses difficultés de paiement et dans le respect des dispositions de l'article L. 622-22 C. com.

difficulté elle demeure. La créance ne peut être ressuscitée ni par le législateur ni par les parties concernées. La créance est éteinte²⁹⁹.

150. Aussi, sur un tout autre plan, cette sanction extinction mettait en relief la distinction entre la forclusion et la prescription extinctive notamment en ce qui concerne leurs effets définitifs. Tout comme la forclusion ou la déchéance, la prescription extinctive est un mode d'extinction du droit de créance du fait de l'inaction du créancier conformément à l'art. 2219 du code civil³⁰⁰. Bien qu'elle ait pour conséquence d'éteindre l'obligation du débiteur, il n'en demeure pas moins qu'elle laisse subsister une forme d'obligation naturelle³⁰¹ par opposition à une obligation civile qui peut donner lieu à une exécution forcée. En d'autres termes, la prescription extinctive laisse subsister un devoir moral qui peut conduire le débiteur à s'exécuter volontairement sans que cela ne soit considéré comme une répétition de l'indu³⁰². C'est d'ailleurs sur ce point que la sanction extinction se démarquait de la prescription extinctive et se révélait très radicale pour le créancier, car elle éteignait irrémédiablement sa créance de telle sorte qu'« un paiement ultérieurement effectué par le débiteur redevenu *in bonis* s'analyserait certainement comme un paiement de l'indu sujet à répétition »³⁰³.

151. Il convient néanmoins d'observer que l'importance que le législateur OHADA accordait à la production des créances était légitime, car il est nécessaire de bien connaître et d'évaluer le passif du débiteur pour mieux l'apurer. En revanche, cet objectif ne doit pas constituer pour le débiteur un mode de règlement de sa dette dans les procédures et pour le créancier un mode d'extinction automatique de son droit de créance. En d'autres termes, à partir du moment où la production de créance trouve sa raison d'être dans une procédure, sa sanction devrait se limiter à celle-ci, et priver le créancier défaillant des effets attachés à cette production, et non anéantir définitivement ses droits substantiels. Or, ce à quoi donne droit une production de créance dans les procédures

²⁹⁹ V. en ce sens Com. 14 juin 1994, Bull. civ. IV, n° 215 ; D. 1994, p. 520 ; D. 1995, somm., p. 28, obs. A. Honorat ; RTD civ. 1996, p. 432. V. également, J. Ghestin, *op.cit.* n° 1253. « le paiement effectué avant l'ouverture de la procédure collective, en vertu d'une décision, statuant sur le fond exécutoire, par provision, a éteint la créance ».

³⁰⁰ Art. 2219 dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

³⁰¹ Selon G. Cornu, in Vocabulaire juridique, l'obligation naturelle est une obligation qui « ne peut être exigée en justice mais dont l'exécution (volontaire) ne donne pas lieu à répétition (de l'indu), en tant qu'elle est l'accomplissement d'un devoir moral ».

³⁰² Art. 1302 al. 1 C. civ. (anc. art. 1235 al. 1); pour être complet sur la notion : V. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1040 s.

³⁰³ J. Ghestin, *op.cit.* n° 1276.

collectives n'est rien d'autre qu'un droit aux répartitions et au paiement des dividendes. Il eut donc été logique que cette sanction se limite à la déchéance de ce droit³⁰⁴. C'est la raison pour laquelle le législateur français s'était initialement contenté de mentionner dans la loi de 2005 que le défaut de déclaration privait le créancier des répartitions et dividendes³⁰⁵. Cette unique mention, bien qu'ultérieurement complétée par l'ordonnance de 2008³⁰⁶, trahissait en réalité la volonté du législateur de priver le créancier négligent du paiement des dividendes.

152. De surcroît, la forclusion du créancier n'est pas toujours de son fait. Le législateur lui permet d'être relevé de forclusion³⁰⁷. Le régime du relevé de forclusion ne sert pas toujours le créancier. L'ordonnance du 12 mars 2014 a apporté des modifications importantes s'agissant notamment de l'auteur de la déclaration de créance, le risque de forclusion est moindre. La sanction extinction, qui sera supprimée en 2005, était considérée comme étant injuste et très violente pour le créancier dans les systèmes de droit français et OHADA, en même temps qu'elle était particulièrement inadaptée à certaines spécificités du droit OHADA.

II. Le caractère inadapté de la sanction extinction aux spécificités du droit OHADA

153. Toute activité normative poursuit un but bien déterminé, et la réalisation de ce but témoigne de l'efficacité de la norme y afférente. L'un des obstacles à l'efficacité d'une norme réside sans doute dans l'absence de prise en compte préalable de certaines spécificités liées notamment à son environnement, à la cohérence et à la compatibilité des nouvelles normes entre elles ou avec celles déjà existantes. De ce fait, partant de l'idée selon laquelle l'AUPC organise les procédures dans l'intérêt des créanciers, dans le sens où il vise à sécuriser leur investissement afin de les inciter à participer au rayonnement économique de l'espace OHADA, on pouvait supposer que la sanction du défaut de production aurait contribué à la réalisation de cet objectif. A tout le moins, qu'elle n'aurait pas, aussi gravement, porté atteinte à l'existence même de cet investissement³⁰⁸.

³⁰⁴ C'est notamment ce choix que le législateur OHADA vient d'effectuer, notamment depuis la réforme de septembre 2015 ainsi que nous l'aborderons *infra*. n° 168

³⁰⁵ Art. L.622-24 C. com. dans sa rédaction issue de la loi de 2005.

³⁰⁶ Ord. du 18 déc. 2008, préc.

³⁰⁷ Art. L. 622-26 C. com. ; V. également en ce sens C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 802 s.

³⁰⁸ C'est d'ailleurs à ce moment que l'on comprend mieux le sens des dispositions de l'article 5 du règlement européen n° 1346-2000 du 29 mai 2000 qui a influencé le droit français.

154. Cet objectif d'attractivité, au demeurant juridique et économique, occupe une place centrale dans le Traité de l'OHADA au point d'en faire une spécificité à elle toute seule dans un contexte de globalisation dans lequel rares sont les pays qui aujourd'hui partagent cette spécificité taillée en principe à la mesure du créancier. C'est notamment le cas du système français qui, depuis la loi de sauvegarde, donne la priorité à la prévention et au redressement de l'entreprise³⁰⁹ et, seulement si possible, au paiement des créanciers antérieurs.

155. Par ailleurs, l'autre spécificité qu'il convient de mettre en exergue est celle qui avait trait à la brièveté des délais de production combinée à la difficulté des citoyens de façon générale et des créanciers plus particulièrement d'accéder aux informations juridico-judiciaires nécessaires à une déclaration des créances dans les délais légaux. Cette réalité rend difficilement applicable le principe selon lequel *Nemo censetur ignorare legem*. En effet, cette sanction, au demeurant sévère pour le créancier, ne tenait pas compte de la difficulté de certains créanciers, souvent très proches du débiteur, de prendre connaissance de l'existence d'une procédure collective à l'encontre de ce dernier. Le législateur africain admettait ainsi l'extinction de la créance d'un investisseur sous prétexte qu'il n'avait pas produit sa créance à une procédure dont il n'avait et ne pouvait avoir connaissance faute d'information.

156. Avant de qualifier un tel créancier de « négligent », il eut été nécessaire de mettre à sa disposition toutes les informations qui lui auraient permis de prendre connaissance de la situation du débiteur, ce qui n'est pas toujours le cas. De ce point de vue, la solution retenue en droit OHADA paraissait également inadaptée. Il s'agit, d'une inadaptation consécutive aux spécificités liées à l'esprit de l'AUPC (b), et, également, d'une inadaptation consécutive aux spécificités liées à la procédure de production (a).

a. Les spécificités liées à l'ancienne procédure de production de créance

157. L'une des grandes spécificités de l'économie des Etats membres de l'OHADA est la très grande place qu'occupe la famille dans le financement des activités économiques. La solidarité familiale et le désir d'améliorer les conditions de toute une contrée conduit souvent parents et

³⁰⁹ V. en ce sens F. Reille, Réglementation du traitement des difficultés des entreprises et maintien du crédit bancaire : la recherche d'un équilibre, in A.M. Romani, La banque dans tous ses (E)états, éd. mare & martin 2016, préf. J.P. Sortais, p. 179 s.

amis *in bonis* à financer directement les activités de leur proche. Ceci s'explique notamment parce que les conditions d'octroi du crédit imposées par les banques africaines et les succursales des banques européennes en Afrique³¹⁰ sont difficilement remplies par les jeunes entrepreneurs africains. A titre d'illustration, il n'est pas rare qu'une banque exige les documents comptables de l'activité du demandeur de crédit ou encore la constitution d'une hypothèque sur un de ses biens. Or, en Afrique, non seulement peu d'acteurs économiques tiennent une comptabilité de leurs transactions, mais en plus peu d'Etats africains notamment francophones délivrent des titres de propriété nécessaires à la constitution d'une hypothèque. Par conséquent, les nouveaux investisseurs locaux ont très souvent recours à leur famille pour financer leur activité ou encore à des structures hors du système bancaire classique qui imposent des conditions moins contraignantes³¹¹. Hélas elles sont peu nombreuses. Dans cette hypothèse, à supposer que l'emprunteur familial cesse ses paiements, quel sera le comportement des proches ayant investi dans son activité ? Connaissent-ils les mécanismes qui gouvernent les procédures collectives africaines notamment la procédure et les conséquences de la production de leur créance ? Cette procédure de production leur permet-elle de déclarer à temps leur créance ?

158. On peut observer que les règles qui gouvernent la procédure de production de créances ne leur permettraient pas d'effectuer leur déclaration dans les délais impartis. Par conséquent, la probabilité pour que leurs créances soient souvent éteintes était anormalement élevée. D'abord, la production de la créance implique que le créancier notamment familial soit au courant de l'ouverture de la procédure. Toute la difficulté résidait justement dans le fait que les moyens de publication utilisés par le législateur africain n'étaient pas à la portée de ces créanciers. Le Registre de commerce et du crédit mobilier ou le « journal habilité à recevoir les annonces légales au lieu du siège de la juridiction compétente »³¹² n'est généralement pas connu du créancier *lambda* à moins qu'il ne s'agisse d'un professionnel. Pourtant, même dans cette hypothèse, encore faut-il que ce dernier pense à consulter régulièrement ces documents de l'administration judiciaire. Il est impossible de produire sa créance à une procédure dont on ne connaît pas l'existence.

³¹⁰ BICIG Gabon, succursale de BNP Paribas France ; SG SNEGAL succursale de Société générale France.

³¹¹ B. Hane, M.L. Gaye, Les pratique du marché parallèle du crédit au Sénégal. Leçons pour le système bancaire, doc. de travail du département du développement des entreprises et coopératives-BIT Genève, n° 2.1 s.

³¹² Art. 36 al.2 AUPC.

159. Ensuite, la connaissance de l'ouverture de la procédure ne garantit pas la production des créances dans les délais requis. En effet, les délais de production sont très courts, le créancier dispose d'un délai de quarante-cinq jours pour produire sa créance, un délai de quinze jours pouvant être ajouté pour les créanciers domiciliés hors du territoire national où la procédure collective a été ouverte. Autrement dit, il doit déposer auprès du syndic une déclaration indiquant le montant de sa créance due au jour de la décision d'ouverture, accompagnée de la preuve de ses prétentions. C'est là toute la difficulté et la sévérité de la sanction de l'extinction de la créance dont la caution peut se prévaloir. Pour reprendre notre hypothèse de départ, il n'est pas certain que le membre de la famille qui finance l'activité de son proche cherchera à se munir de la preuve de sa qualité de créancier à raison de la créance qu'il détiendra sur son frère, son fils ou son cousin.

160. On peut rétorquer que la preuve de la créance peut être rapportée par un virement, par un document bancaire établissant un transfert de fonds vers son proche, tel un chèque ou un virement. On relèvera que la faible bancarisation des pays africains et la réticence et l'incapacité des populations à utiliser les produits bancaires font qu'il est peu fait recours à ces moyens de paiement et de financement. En ce sens, on constate encore aujourd'hui que de nombreuses personnes gardent souvent des sommes importantes d'argent à leur domicile. Dans cette hypothèse, ces dernières rapporteront difficilement la preuve de l'existence d'une quelconque créance. *De facto*, le principe même d'une garantie entre membres d'une même famille est difficilement envisageable. D'autant que le débiteur lui-même a difficilement recours aux écrits. A ce propos, la difficulté du créancier de produire un écrit est un problème majeur dans le droit OHADA. Il en est ainsi de la difficulté éprouvée par certains créanciers africains dans la production d'un écrit en vue de recouvrer rapidement leurs créances par une injonction de payer³¹³.

161. En outre, antérieurement à la réforme du 10 septembre 2015, le très bref délai de production de créance dont disposaient les créanciers, qui ont déjà du mal à être informés des difficultés que connaît leur débiteur, appelle d'autres observations. En effet, une vue synoptique de la politique législative de certains Etats, dont sont originaires les principaux investisseurs de l'espace

³¹³ A. A. de Saba, La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales. Droit de l'OHADA et pratiques européennes, Global finance securities, 2^e éd. 2011, n° 163 s.

OHADA, permettait de mettre en évidence la brièveté particulière des délais de production admis en droit OHADA ainsi que l'illustre le tableau ci-dessous.

Tableau 2. Comparaison des délais de déclaration de créances admis en droit OHADA avant la réforme de 2015 par rapport aux droits français, belge et américain.

PAYS	Délais de déclaration	Point de départ
Espace OHADA	30 jours	Décision d'ouverture
France	60 jours	Publication du Jugement d'ouverture Au BODACC
Belgique	64 jours	Jugement déclaratif de de faillite
USA	37 jours	Jugement d'ouverture

162. Le tableau ci-dessus révèle que la majorité des pays ciblés était, à la différence du droit OHADA, favorable à un délai plus long en même temps qu'il est avéré qu'ils offrent aux créanciers des moyens d'information plus efficaces. Au risque de se répéter, le besoin du droit communautaire d'être plus compétitif sur le plan international pour encourager son développement nécessitait au moins la mise en place d'un corpus juridique aussi favorable aux investisseurs que celui de leur pays d'origine, à défaut de leur proposer mieux. De même que pour les investisseurs locaux, la facilité avec laquelle ils sont susceptibles de perdre des investissements, péniblement réalisés, les incitera moins à contribuer au développement de l'économie local. Et plus particulièrement pour les banques locales, cela les pousserait au contraire à exiger davantage de garanties, que, matériellement, les PME ou PMI ou les jeunes entrepreneurs africains ne sont toujours pas prêts à leur accorder. Il s'agit du constat que l'on pouvait faire jadis.

163. La brièveté du délai de production aurait dû nécessiter une communication plus sophistiquée de la part du syndic pour permettre au créancier de ne pas être forclos et surtout de disposer de toute l'information nécessaire à la production de sa créance. Ce qui n'était pas le cas dans le droit antérieur, le syndic n'étant même pas obligé d'informer les créanciers de l'ouverture de la procédure, ainsi que le relevait un auteur sous le régime de l'AUPC de 1997³¹⁴. Il était certain que la nature de la sanction devait connaître une évolution en droit OHADA pour les raisons que nous venons d'évoquer, d'autant qu'elle était contraire à l'esprit même de l'AUPC qui consiste généralement à privilégier le paiement des créanciers, une des spécificités affirmées du droit OHADA.

b. Les spécificités liées à l'esprit de l'AUPC

164. Dans les amphithéâtres, il est généralement enseigné que l'interprétation des lois s'effectue selon la lettre et l'esprit de celles-ci. La lettre étant le texte du législateur, dans les mots qu'il a utilisés, tandis que l'esprit est dans ses motivations, dans ce qu'il y a au-delà des mots. En ce qui concerne l'esprit de l'AUPC, qui épouse celui plus général du droit OHADA, il consiste à attirer les investisseurs afin d'atteindre un niveau d'intégration économique et de croissance satisfaisant. Cela se traduit généralement dans l'AUPC par une protection des intérêts du créancier, dans sa relation avec la caution à défaut de les protéger contre le débiteur. Le créancier est en principe protégé par l'inapplication de la règle de la suspension des poursuites à l'encontre de la caution. Cela lui permet de mettre en œuvre son cautionnement et de retrouver son investissement de départ. De même, qu'il ne lui est pas interdit de poursuivre la caution selon les délais convenus initialement, nonobstant les délais concordataires. Néanmoins, la question qui se pose est de savoir si en sanctionnant la forclusion par l'extinction de la créance, le législateur restait fidèle à cette philosophie. Autrement dit, la sanction extinction de la créance non produite était-elle compatible avec l'esprit protecteur des intérêts des créanciers ?

165. La réponse à cette problématique est négative ; on ne cherche pas à attirer un investisseur lorsqu'on lui dit que les investissements importants qu'il a mobilisés avec difficulté partiront en

³¹⁴ V. V.C. Ngono Kkoa, L'égalité des créanciers dans les procédures collectives internationales, étude comparative du droit OHADA et européen, RIDC n° 3, juill.-sept. 2015, p. 785, y compris référence citée (F. Melin, L'OHADA et le droit de la faillite internationale, D. 2005, chron. n° 23, p. 1570).

fumée au moment où il attendra légitimement, et selon ses prévisions, son remboursement. En effet, la stratégie de départ du législateur qui consiste à privilégier le paiement des créanciers ne cadre pas avec l'extinction facile de sa créance dans le cadre de l'apurement du passif du débiteur. Si très souvent on peut regretter que le législateur africain ait organisé les procédures collectives avec pour principal objectif le paiement des créanciers, il convient de dire que cette mesure ne plaiderait pas forcément en faveur de sa cohérence. La sanction extinction était incompatible avec les objectifs du Traité OHADA et surtout de l'AUPC. C'est une solution qui théoriquement éloignait les investisseurs plus qu'elle ne les attirait.

166. Cette conviction est d'autant plus vraie que le contexte international déjà militait davantage pour une solution plus souple pour le créancier³¹⁵. Pourtant, ce contexte international du droit des procédures collectives ne consiste pas forcément à favoriser en premier lieu le paiement des créanciers. A ce titre, il y a lieu d'observer que la plupart des législations européennes n'adoptent pas à ce jour la sanction extinction de la créance non déclarée. Presque toutes sanctionnent le défaut de déclaration par la peine moins lourde de l'opposabilité de la créance non déclarée à la procédure. Ce qui est plus équitable, car la forclusion ne doit pas constituer un moyen de réduction du passif du débiteur, mais plutôt de son évaluation. Cela n'implique pas une spoliation des créanciers pour reprendre un auteur.

167. Aussi, comment être compétitif dans un monde concurrentiel dans lequel les Etats, dont les principaux investisseurs sont originaires, ont adopté des solutions plus souples et favorables aux créanciers. L'idée de la compétitivité ou de l'attractivité reposant sur le postulat selon lequel, les Actes uniformes doivent prévoir des mécanismes et des structures qui permettent par exemple aux multinationales françaises et européennes de fonctionner au moins comme chez eux³¹⁶, sinon mieux. Au demeurant, les controverses qui avaient émaillé l'application de la sanction extinction et l'évolution permanente du droit des procédures collectives, aussi bien au plan national qu'international, ont contribué à la suppression de cette sanction par la législation française, suivie par le législateur africain.

³¹⁵ V. en ce sens, A.S. Barthez, D. Houtcieff, *op.cit.* n° 1056, p. 741 : l'auteur souligne notamment le fait que plusieurs droits des pays de l'Union européenne ne sanctionnent pas le défaut de forclusion par l'extinction de la créance forclosée.

³¹⁶ J.C. James, L'OHADA et la construction d'un espace juridique francophone, in *Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, PUN 2009, p. 573.

B. La consécration de la suppression de la sanction extinction

168. Désormais, la comparaison du droit français et du droit OHADA ne révèle aucune distinction fondamentale compte tenu que tous deux ont supprimé l'ancienne sanction du défaut de déclaration pour le droit français et du défaut de production, pour les nostalgiques de l'ancien droit français, en droit OHADA. D'un côté comme de l'autre, la sanction extinction a été supprimée. La non-déclaration de créance n'entraîne plus l'extinction de la créance.

169. Cependant, cette suppression n'est pas intervenue au même moment dans les deux ordres juridiques. Le processus a été enclenché et entériné en droit français une décennie avant que le droit OHADA ne suive ce mouvement. Dans ce contexte, le droit français apparaît clairement comme un droit pionnier dans ce processus, non pas parce que chronologiquement la suppression de la sanction extinction est récente en droit OHADA, mais surtout parce que le second s'est inspiré une fois de plus du premier. Dès lors, il convient d'examiner consécutivement la consécration innovante de la suppression de la sanction extinction en droit français (I) et la consécration différée en droit OHADA (II).

I. La consécration innovante en droit français

170. L'article 53 alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985³¹⁷ était le fondement légal de la sanction extinction que le droit français des entreprises en difficulté a connu ces deux décennies durant. Il disposait que « les créances qui n'ont pas été déclarées et n'ont pas donné lieu à un relevé de forclusion sont éteintes ». Le trait caractéristique de cette sanction extinction est qu'elle impliquait, telle une remise de dette, l'extinction de la créance. Par conséquent, le créancier ne pouvait poursuivre le débiteur en recouvrement de celle-ci, voire même toute caution ayant garanti cette créance. Le créancier supportait donc seul la charge de sa négligence, ce que plusieurs auteurs avaient, à l'époque, jugé injuste comme nous l'indiquions précédemment³¹⁸.

³¹⁷ anc. art. L. 621-46 code de commerce.

³¹⁸ V. en ce sens, D. Grimaud, *op. cit.* n° 249 s. l'auteur fait une présentation des griefs formulés contre cette sanction extinction que l'auteur qualifie par ailleurs de sanction réflexe c'est-à-dire que « quelle qu'en soit la cause, l'extinction de la dette garantie entraîne par principe celle de la sûreté (le cautionnement) qui en est l'accessoire » (*loc. cit.* n° 256).

171. Ces auteurs ont été entendus par le législateur français qui a fini par supprimer la sanction extinction de telle sorte que le créancier négligent n'a plus à s'inquiéter du sort de sa créance non déclarée du moins de son existence. Cette renonciation à la sanction extinction de la loi de 1985 sus indiquée³¹⁹ est partagée par plusieurs Etats européens, et désormais par les Etats membres de l'OHADA. En droit français cette renonciation résulte, comme le rappelle un auteur avisé, d'une suppression de l'alinéa 4 de l'ancien article L.621-46 du code de commerce, « lequel édicte précisément le principe d'extinction de la créance non déclarée dans les délais sauf relevé de forclusion »³²⁰.

172. Ainsi que plusieurs auteurs l'indiquent régulièrement, il ressort des travaux préparatoires de la loi de sauvegarde que l'ancienne sanction était « sans équivalent dans les autres droits des autres Etats de l'Union », et, que, par ailleurs, elle était³²¹ « incompatible avec l'article 5 du règlement européen n° 1346-2000 du 29 mai 2000 ». En conséquence, dans le contexte européen, la renonciation à l'extinction de la créance non déclarée ne constitue pas une innovation du législateur français, mais plutôt une mesure de mise en conformité. En revanche, dans la démarche comparative présente, il faut bien reconnaître que le premier constitue la référence pour le second qui, sans cesse s'identifie et s'inspire du droit français plus abouti.

173. Par ailleurs, comme toute loi nouvellement adoptée, la loi de sauvegarde ne s'est pas tout de suite imposée aux entreprises en difficulté. Il a fallu attendre son entrée en vigueur. Autrement dit, entre le 26 juillet et le 31 décembre 2005, les créanciers négligents étaient encore sanctionnés par l'ancienne sanction comme en droit OHADA. C'est depuis le 1^{er} janvier 2006, que l'inopposabilité de la créance non déclarée s'applique à tous les créanciers. Le droit français des entreprises en difficulté a connu une période transitoire d'application partielle de la sanction

³¹⁹ F. Derrida et J-P. Sortais, La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives, LPA 22 mars 2006, n° 58, p. 7 ; V. également de façon plus globale les modifications que la loi de sauvegarde opère sur la loi de 1985 concernant la procédure de déclaration de créance P.M. Le Corre, Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur, Gaz. Pal. 9 et 10 sept. 2005, doct., n° 2 s. ; Rapp. 2095 de la loi de 2005, doc. AN, p. 244 s. et 250 ; V. C. Saint-Alary -Houin, *op.cit.* n°761s., à propos des modifications dues à l'ordonnance du 12 mars 2014 en matière de déclaration de créance.

³²⁰ P-M. Le Corre, *op. cit.* n° 13, p. 2.

³²¹ V. C. Saint-Halary -Houin, *op.cit.* n°779 , p. 495 : l'abandon de la sanction extinction s'explique par « les exigences de la Convention européenne des droits de l' homme interdisant de priver un créancier de ses sûretés, ce qui est la conséquence de l'extinction ».

extinction. En droit OHADA, l'entrée en vigueur de la récente réforme qui instaure la sanction-inopposabilité a été plus rapide.

II. La consécration différée en droit OHADA

174. En droit OHADA la renonciation à la sanction-extinction est plus récente. Elle a été appliquée pendant dix-sept ans dans les différents Etats membres de l'OHADA. Dans la même veine que le droit français, le nouvel AUPC abroge les dispositions qui consacraient l'extinction de la créance non produite à la procédure de redressement judiciaire uniquement. En ce sens, le créancier négligent conserve son droit de créance sur le débiteur et accessoirement sur la caution sous réserve des développements consacrés à la nouvelle sanction du défaut de déclaration ou de production aussi bien en droit français qu'en droit OHADA.

175. L'AUPC adopté le 10 septembre dernier est conforme à la nouvelle conception des procédures collectives distincte de celle du droit de la faillite. A ce propos, il y a lieu d'observer que la sanction extinction constituait l'un des derniers vestiges du droit de la faillite les plus controversés dans le contexte international des procédures collectives. En effet, si l'on considère les différents Etats d'où sont originaires la plupart des investisseurs de l'espace OHADA, notamment ceux de l'Europe, tous ou presque ont supprimé la sanction extinction de leur corpus juridique sur les procédures collectives. Si le législateur français a rendu son droit conforme au droit européen, le législateur africain s'est plutôt aligné sur cette nouvelle conception qu'il partage désormais avec ses autres partenaires économiques européens.

176. Aussi, loin de constituer une contrainte statutaire ou de pur droit, la suppression de la sanction extinction en droit OHADA rentre dans un cadre de redynamisation et de modernisation de l'AUPC. Une nécessité dès lors que le droit OHADA se veut plus compétitif et d'une attractivité juridique supérieure ou, au moins, égale à celle des principaux partenaires économiques des Etats membres de l'OHADA, comme la France. Ce qui expliquerait que le droit OHADA se rapproche du droit français en général.

177. Concernant la période qui précède l'entrée en vigueur du nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif le 24 décembre 2015, on peut se

poser la question de savoir si les procédures déjà ouvertes lors de son adoption seront soumises au nouvel AUPC d'autant plus qu'il ne prévoit pas de dispositions transitoires. Pour mieux aborder cette question dans le contexte africain, il nous paraît utile de considérer la réponse apportée par le droit français. A cet effet, la doctrine et la jurisprudence françaises nous révèlent une incertitude s'agissant des solutions transitoires. La doctrine invite à considérer que si la procédure collective est ouverte avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, l'ancienne s'applique à elle. Par conséquent, le créancier perd son droit de contrainte contre le débiteur³²². Dans deux arrêts, la cour d'appel de Paris décide que la loi nouvelle, en l'absence de dispositions transitoires, ne peut s'appliquer à une procédure en cours³²³.

178. En droit OHADA, les Actes uniformes de l'OHADA sont d'application directe. Cela signifie qu'ils sont directement applicables dans les différents Etats membres de l'OHADA sans qu'aucune procédure de transcription en droit interne ne soit nécessaire. Dès lors, les Actes uniformes ne constituant pas en principe une norme rétroactive, il convient de distinguer les procédures collectives ouvertes avant l'entrée en vigueur du nouvel AUPC et celles qui lui sont postérieures.

179. S'agissant des premières, il y a lieu d'indiquer que la caution peut encore se prévaloir de l'extinction de la créance non produite à partir du moment où une loi n'acquiert force obligatoire qu'une fois entrée en vigueur. Toutes les procédures collectives ouvertes antérieurement à cette entrée en vigueur et qui n'ont pas encore été clôturées sont sous le régime de l'ancien AUPC. Tandis que pour les secondes, il convient de noter que toutes les procédures ouvertes au 24 décembre 2015 seront soumises aux dispositions du nouvel article 83 alinéa 1^{er} AUPC. C'est notamment cet article qui consacre l'instauration de la nouvelle sanction du défaut de déclaration de créance qui consiste en la déchéance du droit d'agir du créancier forclos contre le débiteur principal tant en droit français qu'en droit OHADA. En revanche, bien que le législateur français et le législateur OHADA adoptent la même solution de l'opposabilité de la créance non déclarée à la caution, ils se distinguent par leur approche.

³²² V. en ce sens Ph. Simler, *op.cit.* n° 754 concernant la caution ; *Contra* CA Paris 22 oct. 2004, Gaz. Pal. 2-3 mars 2005. 13 ; CA Paris 2 déc. 2005, D. 2006.295.

³²³ CA Paris 22 oct. 2004, préc. ; CA Paris 2 déc. 2005, préc. ; V. égal. obs. Ph. Terry, RTD. Civ. avr.-juin 2006, n° 2, p. 366 s.

Paragraphe 2. L'approche distincte de l'opposabilité de la créance non déclarée à la caution

180. L'opposabilité de la créance non déclarée signifie que le créancier forclos peut procéder au recouvrement de sa créance auprès de la caution, ce qui n'était pas le cas sous l'empire de la sanction antérieure. Celle-ci se caractérisait notamment par une extinction de créance qui rendait la mise en œuvre du cautionnement sans fondement notamment parce que l'accessoire ne peut exister sans le principal. Désormais, en supprimant l'alinéa 4 de l'ancien article L. 621-46 du code de commerce, et en substituant l'inopposabilité à la sanction extinction, le législateur français ne s'est pas simplement contenté de modifier les rapports entre le créancier et le débiteur principal, il a également *a fortiori* modifié ceux existant entre la caution et le créancier³²⁴.

181. Contrairement au droit français, le droit communautaire OHADA a créé une situation incertaine à l'égard de la caution, car, s'il est vrai que depuis l'entrée en vigueur du nouvel AUPC la caution ne peut plus opposer au créancier l'extinction de sa créance, il n'en demeure pas moins qu'il ne précise pas expressément la situation nouvelle de la caution. Profite-t-elle de l'inopposabilité au même titre que le débiteur ou non ? C'est toute la question qui se pose en droit OHADA et qui rappelle celle que s'était posée la doctrine française jusqu'en 2008³²⁵. La commission en charge de la réforme de l'AUPC originel n'a pas suffisamment tiré parti des modifications de la loi de 2005 par l'ordonnance de 2008. Ce qui est regrettable. Néanmoins, et à l'évidence, la sanction-inopposabilité n'emporte pas la même lisibilité s'agissant de la situation de la caution dans les deux systèmes juridiques.

182. L'opposabilité de la créance non déclarée est explicite en droit français notamment depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 (A), et implicite en droit OHADA depuis l'adoption du nouvel AUPC (B).

³²⁴ V. en ce sens Rapp. Senat n° 335, t.1, p. 221, J.J. Hyest.

³²⁵ Ord. 18 déc. 2008, préc.

A. Une opposabilité explicite en droit français depuis l'ordonnance de 2008

183. Autant l'inopposabilité de la créance non déclarée au débiteur n'avait pas été prévue dans le texte initial de la réforme du droit des entreprises en difficulté de 2005, autant l'opposabilité de la créance forclosée à la caution n'y avait pas été envisagée, encore moins dans le texte final de la loi de sauvegarde. Celle-ci comme jadis ne réglait pas la situation de la caution quant à la nouvelle sanction du défaut de déclaration. Il existait un silence de la loi sur ce point, lequel a duré 3 ans. Années durant lesquelles a régné une incertitude dans la détermination du réel impact de la sanction de l'inopposabilité sur la caution comme aujourd'hui en droit OHADA.

184. Cependant, il y a lieu de noter que depuis l'ordonnance de 2008, le législateur français a fini par rompre ce silence en apportant une précision majeure quant à la situation de la caution³²⁶. La situation qui précédait cette ordonnance était d'abord caractérisée par une imprécision de l'opposabilité de la créance à la caution comme l'avait suggéré la doctrine majoritaire. Pour mieux appréhender l'apport de l'ordonnance du 18 décembre 2008 (II), il convient d'abord d'examiner l'imprécision éphémère de l'opposabilité de la créance non déclarée à la caution créée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 (I).

I. L'imprécision éphémère de l'opposabilité de la créance non déclarée à la caution inhérente à la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005

185. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 disposait simplement que les créanciers forclos n'étaient pas admis dans les répartitions et les dividendes, à moins qu'ils ne soient relevés de forclusion. Elle n'avait pas prévu les conséquences, du défaut de déclaration, sur le sort des garants de façon générale et plus particulièrement sur celui de la caution. Dès lors, étant donné que le défaut de déclaration de la créance n'est plus sanctionné par l'extinction, le sort de la caution était semblable à celui antérieur à la loi du 25 janvier 1985 ainsi que le font remarquer certains auteurs³²⁷. En d'autres termes, comme sous le régime de la loi du 13 juillet 1967 qui se contentait d'exclure le créancier des répartitions et dividendes sans en déduire les conséquences

³²⁶ Art. 34 ord. n° 2008-1345, du 18 déc. 2008, préc.

³²⁷ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.* n° 244, p. 219.

pour la caution³²⁸, la loi de sauvegarde « avait opéré un retour en arrière »³²⁹. En même temps, elle rendait illisible la situation de la caution pourtant claire jusque-là. De plus, ce mutisme était à contre-courant des efforts fournis par le législateur français depuis la loi du 10 juin 1994. En effet, depuis lors, il s'est engagé, dans sa fonction normative, dans un processus de prise en compte et de clarification de la situation de la caution.

186. La suppression de la sanction extinction de la créance non déclarée a rendu la situation de la caution très incertaine en ce sens qu'il n'existait pas, dans la doctrine, un consensus sur le nouveau sort de la caution. Une controverse doctrinale sur le sujet trouvait sa cause dans l'imprécision des dispositions de l'article L. 622-26 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005. La question posée était celle de savoir, si, dès lors que le débiteur ne peut se voir opposer la créance non déclarée, le créancier forclos peut se retourner contre la caution. Des opinions diverses furent émises, Un auteur, qui sans doute a forgé pour la première fois l'idée d'inopposabilité de la créance, avait suggéré que le défaut de déclaration de créance, dans le silence de la loi, rendait la créance inopposable à la procédure³³⁰. Cette déduction résultait d'une analyse de la sanction du défaut de revendication dont la sanction est l'inopposabilité du droit de propriété à la procédure³³¹. Le créancier forclos pouvait donc agir notamment contre les garants

187. Cette idée d'inopposabilité de la créance non déclarée, bien que partagée par plusieurs auteurs, a pu être jugée excessive par certains³³², ou rejetée par d'autres, certes minoritaires, mais dont l'opinion mérite d'être exposée.

188. Cette opinion est celle que défendait un éminent auteur français, ainsi que plusieurs autres le soulignent³³³. Ce dernier, tirant les conséquences de l'article L. 622-26 du code de commerce,

³²⁸ Art. 41 L. 13 juill. 1967, préc.

³²⁹ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *ibid.*

³³⁰ P.M. Le Corre, Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises, LPA 10 juin 2004, p. 30, n° 14.

³³¹ P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 17, p. 31.

³³² Ph. Roussel-Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, Litec 2005, coll. Carré droit, n° 314. V. également en ce sens Ph. Pétel, Procédures collectives, Dalloz 2006, 5^e éd., coll. cours, n° 382 ; P. Crocq, La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés, D. 2006, doss. p. 1307, n° 11.

³³³ Ph. Pétel, *op. ci.* 5^e éd. n°382 ; N. Picod, *op. cit.* n° 66.

dans sa rédaction issue de la loi de sauvegarde de 2005, indiquait que la créance non déclarée était, non pas inopposable, mais plutôt opposable à la procédure collective « même si le créancier ne peut percevoir aucun dividende »³³⁴.

189. La formule de 2008, qui prévoit « une inopposabilité au débiteur » n'a pas nécessairement convaincu, il a été observé que la notion d'« inopposabilité concerne les rapports d'une partie à un rapport de droit avec les tiers ... »³³⁵. Si l'article L.626-22, alinéa 2 confirme la sanction de l'inopposabilité, la portée en serait désormais « assez voisine de l'extinction pure et simple »³³⁶.

190. La doctrine était divisée sur la sanction du défaut de déclaration dans le rapport créancier/débiteur, mais elle parvenait à la même solution c'est-à-dire à l'opposabilité de la créance non déclarée au garant³³⁷ et plus particulièrement à la caution³³⁸. La controverse doctrinale qui avait eu lieu retenait la même incidence sur le sort de la caution s'agissant de la nouvelle sanction du défaut de déclaration de créance, contrairement à l'ancienne sanction³³⁹. Ceci était d'autant plus logique qu'en réalité l'esprit de la réforme de 2005 consistait à priver le créancier non déclarant, non relevé de forclusion, voire non admis à la procédure, du bénéfice des répartitions et dividendes inhérents à l'apurement du passif du débiteur et non de sa créance. Or, tant que la créance n'est pas éteinte, le créancier peut l'opposer à la caution sous réserve des règles de protection des cautions propres aux procédures collectives. C'est notamment ce qui résulte du caractère accessoire de son engagement, c'est en ce sens que l'absence d'extinction de l'obligation principale implique ici celle de l'obligation accessoire.

191. L'unanimité qui s'était dégagée en doctrine, favorable à l'opposabilité de la créance non déclarée à la caution, n'avait pas dissipé certains doutes concernant les modalités de cette opposabilité dans les différentes procédures et leurs différentes phases. Lesquelles défendent, soulignons-le, une certaine logique, une certaine philosophie des procédures collectives. Par

³³⁴ P. Crocq, *op. cit.* n° 11.

³³⁵ Ph. Pétel, Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II, JCP E 2009, 1049, n° 32.

³³⁶ Ph. Pétel, *op. cit.* p. 211.

³³⁷ P. Crocq, *op. cit.* n° 11; P.M. Le Corre, *op. cit.* p. 31

³³⁸ V. en ce sens développements P.M. Le Corre, La réforme du droit des entreprises en difficulté, D. 2009, p. 138 et 139, n° 237.4.

³³⁹ Il existait en effet sous la sanction extinction, une controverse concernant l'incidence de cette sanction sur la caution du débiteur en redressement judiciaire, V. obs. P. Le Cannu, *op. cit.* n° 1239.

exemple, on pouvait se demander si le créancier négligent pouvait opposer à la caution sa créance non déclarée sans porter atteinte aux droits des créanciers diligents, admis à la procédure.

192. Aussi, permettre au créancier négligent de se prévaloir de sa créance non déclarée dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire ne rendrait-il pas moins efficaces les mesures d'attractivité de la première procédure mise en place par le législateur ? Le créancier négligent pouvait-il opposer à la caution sa créance non déclarée dans toutes les phases de la procédure sans déséquilibrer la logique générale des procédures collectives ?

Telles sont les questions que l'on pouvait se poser. Un auteur qui a eu le souci de traiter toutes ces questions a relevé certains risques d'abus et de déséquilibre du droit des procédures collectives³⁴⁰. Le législateur a clarifié la situation avec l'ordonnance de 2008.

II. L'apport de l'ordonnance de 2008 : clarification sur le sort de la caution

193. L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté³⁴¹ dispose dans son article 34 que la créance non déclarée est inopposable « au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus ». Autrement dit, le créancier négligent ne peut pas opposer au débiteur la créance non déclarée, ce qui est logique et cadre le mieux avec la mise à l'écart du créancier négligent des répartitions et dividendes. L'inopposabilité au débiteur vaut pendant l'exécution du plan, de sauvegarde (ou de redressement : art. L 631-14, al.1^e et 6), et après, lorsque le plan a bien été exécuté³⁴².

194. Cette volonté du législateur³⁴³ d'apporter des précisions sur la portée de l'inopposabilité des créances non déclarées dans le cadre des procédures collectives ne s'est pas limitée au rapport

³⁴⁰ V. en ce sens M.H. Monsérié-Bon, Les effets inattendus de l'absence d'extinction des créances non déclarées menacent-ils la procédure de sauvegarde ? D. 2006, p.1282 et 1283 (l'auteur, après avoir mis en exergue les effets non attendus de la suppression de la sanction extinction, émet le souhait de voir la jurisprudence jouer son rôle « d'interprétation raisonnable <» pour, au fond, déterminer les modalités d'opposabilité de la créance à la caution dans la sauvegarde. Mais également au-delà pourrait-on ajouter).

³⁴¹ Devenu l'article L. 622-26, al.2 C.com.

³⁴² V. obs. M. Cabrillac, comm. sous Com. 3 nov. 2010, JCP E 2011, 1030, n° 10.

³⁴³ Il convient d'apporter ici une nuance. Effectivement l'ordonnance de 2008 détermine les effets de la sanction d'inopposabilité de la créance non déclarée sur la caution. Cependant, dans le texte initial du projet d'ordonnance, le

créancier/débiteur ; le rapport créancier/garants personne physique est également concerné. Dans une disposition, propre à la sauvegarde, le législateur pose le principe, « pendant l'exécution du plan », de l'inopposabilité de la créance non déclarée notamment à la caution personne physique. L'article L. 622-26 du code de commerce apporte deux précisions essentielles.

195. Premièrement, s'agissant de la caution, il suggère de distinguer le sort de la caution, comme habituellement depuis la loi de sauvegarde, selon que celle-ci est une personne morale ou une personne physique. Deuxièmement, il invite à appliquer l'inopposabilité uniquement pendant l'exécution du plan, durant laquelle, faut-il le rappeler, la caution personne physique bénéficie déjà d'une certaine protection. Ces différentes modalités sont là pour témoigner de l'apport réel de l'ordonnance de 2008 qui invite à distinguer selon les procédures, de sauvegarde et de redressement judiciaire. La caution ne peut se prévaloir de l'inopposabilité de la créance non déclarée (a), ce principe est assorti d'une exception durant l'exécution du plan de sauvegarde(b)³⁴⁴.

a. La caution ne peut se prévaloir de l'inopposabilité de la créance non déclarée

196. En principe, comme assez souvent dans la procédure de redressement judiciaire, la caution ne peut se prévaloir d'aucun privilège ou faveur accordés au débiteur principal, sous réserve des différentes exceptions apportées à ce principe par le législateur lui-même. L'inopposabilité de la créance non déclarée n'échappe pas à cette logique que ce soit dans le cadre de la sauvegarde, malgré l'exception légale précédemment indiquée, ou dans celui du redressement ou de la liquidation judiciaire. Ce principe³⁴⁵, qui change la situation de la caution en l'affaiblissant³⁴⁶, par rapport au régime antérieur, met en exergue la finalité du cautionnement. Sous réserve de l'exception apportée par le législateur dans la sauvegarde, les créanciers titulaires des créances non déclarées peuvent demander leur paiement à la caution sans distinction de façon générale.

législateur n'avait pas prévu ces conséquences. C'est seulement lors du passage du texte au Conseil d'Etat, que ce dernier a introduit dans l'ordonnance les dispositions relatives au sort de la caution et des autres garants face à la nouvelle sanction. V, P.M. Le Corre, Le sort du cautionnement en l'absence de déclaration de créance au passif sous l'empire de la loi de sauvegarde, Gaz. Pal. 7-8 oct. 2011, p. 2742.

³⁴⁴ Art. L.622-26 al.2. C. com.

³⁴⁵ P.M. Le Corre, Le sort du cautionnement en l'absence de déclaration de créance au passif sous l'empire de la loi de sauvegarde, Gaz. Pal. 7/8 oct. 2011, 2741.

³⁴⁶ V. en ce sens M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.* n° 627.

L'inopposabilité est, comme l'indique la doctrine, une exception personnelle au débiteur. Toutes les cautions sont donc soumises à ce principe nouveau d'opposabilité de la créance non déclarée.

197. Qu'en est-il du fondement ? En droit français, cette opposabilité est logique et trouve son fondement dans les dispositions de l'article 2313 du code civil. En effet, sous le régime de l'ancienne sanction, l'extinction était considérée comme une exception inhérente à la dette³⁴⁷ à partir du moment où elle affectait l'existence même de la créance. Or, la nouvelle sanction a ceci de particulier qu'elle n'emporte pas d'incidence sur l'existence même de la créance, ainsi que le relève un auteur³⁴⁸, ou sa modalité, mais plutôt sur le droit de poursuite du créancier³⁴⁹. Par conséquent, la nouvelle sanction de l'inopposabilité de la créance non déclarée ne constitue pas une exception inhérente à la dette dont peut se prévaloir la caution³⁵⁰.

198. La nouvelle sanction peut être considérée, ainsi que l'affirme la doctrine, comme une exception purement personnelle au débiteur. D'un côté, sous le régime de la sanction extinction, cette solution avait déjà été retenue dans un arrêt du 21 mars 1989³⁵¹. Dans ce dernier, la Cour de cassation avait décidé, dans le cadre de l'ancienne procédure de liquidation des biens, que la créance non déclarée était opposable à la caution, car son inopposabilité au débiteur lui était purement personnelle. De l'autre, sous le nouveau régime de la sanction-inopposabilité, telle qu'issue de l'ordonnance de 2008, les Hauts magistrats sont parvenus à la même solution. C'est ce qui ressort notamment de l'arrêt du 12 juillet 2011³⁵². La Cour de cassation a décidé³⁵³ qu'« il

³⁴⁷ Com. 17 juill. 1990 (3 arrêts), Bull. civ. IV, n° 214 ; D. 1990, J. 494, note A. Honorat ; D. 1991, som. Com. p.12, obs. F. Derrida ; JCP E 1991, II, 101, note G. Amlon et I, 46, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; Rev. proc. coll. 1991, p. 110, obs. Ph. Delebecque ; RTD com. 1990, p. 643, obs. Y. Chaput ; Com. 23 oct. 1990, Bull. civ. IV, 244 ; D. 1990, IR. 267 ; Com. 30 mars 1993, Bull. civ. IV, n° 124, D. 1993, IR. 131 ; Com. 6 juill. 1993, Rev. huiss. 1994.93, note D. Vidal. *Contra* : F. Derrida, P. Godé et J.P. Sortais, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, D. 1991, 3^e éd., n° 542 ; G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, LGDJ, Tome II, 11^e éd. 1988, n° 2975 cité par D. Grimaud, *op. cit.* n° 251 : les auteurs indiquent que la forclusion présente bien un caractère personnel dans la mesure où elle intervient dans le cadre des difficultés du débiteur. A notre avis, cet argument est insuffisant, car le contexte des difficultés du débiteur implique plutôt la défaillance du débiteur, risque que la caution a entendu garantir. C'est sur ce fondement de la finalité du cautionnement qu'il convenait d'examiner la question.

³⁴⁸ Ph. Pétel, *op. cit.* n° 855.

³⁴⁹ De ce point de vue, la nouvelle sanction constitue une véritable déchéance du droit d'agir du créancier et renforce par la même occasion la règle de la suspension des poursuites contre le débiteur.

³⁵⁰ J.J. Hyst, Rapp. au nom de la commission des lois du Sénat, Doc. Sénat 2005, n° 335, p. 221.

³⁵¹ Com. 21 mars 1989, Bull. civ. IV, n° 94 ; D. 1989, J. 473, note F. Derrida ; V. également en ce sens D. Grimaud, *op. cit.* n° 246. *Contra* Com. 17 juill. 1990, préc. *supra* note 342.

³⁵² Com. 12 juill. 2011, n° 09-71.113, Gaz. Pal. 7/8 oct. 2011, 17256, obs. P.M. Le Corre ; RLDA sept. 2011, n° 63, p. 21, note I.D.M. ; JCP E 2011, 1628, p. 15, note N. Dissaux et 2012, 1000, obs. Ph. Pétel. ; LPA 21 déc. 2011, p. 18, obs. S. Piedelièvre ; Dr et patr. août 2011, n° 841, p. 1, obs. Ph. Pétel ; RD bancaire et fin. sept.-oct. 2011, p. 37,

résulte des dispositions de l'article L.622-26 du code de commerce, que la défaillance du créancier ayant pour effet, non d'éteindre la créance, mais d'exclure son titulaire des répartitions et dividendes, cette sanction ne constitue pas une exception inhérente à la dette, susceptible d'être opposée par la caution, pour se soustraire à son engagement ». De ce fait, il faut en déduire qu'elle est exclusivement personnelle au débiteur³⁵⁴. Les arrêts du 17 juillet 1990³⁵⁵ ne peuvent plus, dans le même temps, s'appliquer.

199. Cependant, il convient d'observer que l'arrêt ne dit pas clairement ou expressément que l'inopposabilité de la créance non déclarée constitue une exception exclusivement (ou purement) personnelle au débiteur. Il y a comme une sorte de prudence de la part de la jurisprudence³⁵⁶. Et ce constat est également perceptible dans la doctrine en ce sens que la notion d'exception purement personnelle est très controversée y compris son application³⁵⁷. Autrement dit, il faut se référer à ce qui n'est pas inhérent à la dette pour qualifier une exception de « purement personnelle » au débiteur, car contrairement au droit OHADA, le législateur français oppose les exceptions inhérentes à la dette aux exceptions purement personnelles au débiteur.

200. Pour autant, il ne faut pas croire que cette déduction est fortuite, voir infondée ou même illogique. En effet, la forclusion ne modifie, ni n'éteint la créance non déclarée. La créance demeure nonobstant l'absence de sa déclaration aux organes de la procédure. Simplement, la forclusion paralyse le droit d'agir du créancier qui ne peut plus faire valoir temporairement ses droits à l'encontre du débiteur principal. Son droit de contrainte à l'égard de la caution demeure donc intact. En ce sens, un auteur considère que l'inopposabilité de la créance non déclarée au débiteur constitue une mesure personnelle au débiteur dès lors qu'elle n'affecte pas la dette elle-même, mais plutôt le seul pouvoir de contrainte du créancier contre le débiteur³⁵⁸. Pour reprendre

obs. A. Cerles ; Banque et Droit, n° 139, sept.-oct. 2011, p. 42 et s. obs. F. Jacob ; JCP G 2012, doctr. 117, n° 3, Ph. Pétel.

³⁵³ Com. 12 juill. 2011, n° 09-71113, LPA 21 déc. 2011, p. 12, note S. Piedelièvre ; Gaz. Pal. 7 et 8 oct. 2011, spé., 2740, obs. P.M. Le Corre.

³⁵⁴ J.L. Vallans, Créances non déclarées et droits de la caution, RLDA oct. 2011, comm. sous Com. 12 juill. 2011, p. 25.

³⁵⁵ Com. 17 juill. 1990, préc. *supra* note 347

³⁵⁶ Com. 12 juill. 2011, préc. *supra* note 352

³⁵⁷ V. *supra* n° 43 s.

³⁵⁸ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 627

une certaine distinction, la forclusion affecte l'*obligatio* et non le *debitum*³⁵⁹. De plus, l'inopposabilité produit *mutatis mutandis* les mêmes effets qu'une suspension des poursuites en ce sens que le créancier ne peut saisir le juge pour faire condamner le débiteur au paiement. Pour autant, la paralysie du droit de poursuite n'éteint pas l'obligation du débiteur principal. C'est la raison pour laquelle la caution ne peut être déchargée de son obligation.

201. A tout point de vue, l'inopposabilité de la créance non déclarée lèse fortement la caution au profit du créancier et sa nouvelle situation ne manque pas de fondement. Dans le cadre des procédures collectives traditionnelles, la doctrine évoque l'argument habituel de la défaillance du débiteur. De même que pour certains auteurs et une certaine jurisprudence, l'ouverture de la procédure collective, correspondant à l'évènement même que le cautionnement vise à prévenir³⁶⁰, justifie cette solution.

202. Ce dernier argument est recevable en ce qui concerne l'état du débiteur dans les procédures collectives curatives. Le débiteur qui a cessé ses paiements est *a priori* défaillant et connaît des difficultés qui nécessitent des solutions lui permettant par exemple de renflouer sa trésorerie et de redevenir *in bonis*. De ce point de vue, la finalité du cautionnement est la prévision principale de la caution c'est-à-dire l'objet de son obligation³⁶¹. Il paraît donc *a priori* normal que la caution ne profite pas de l'inopposabilité de la créance non déclarée. Dès lors, l'exclusion de la règle de l'accessoire au profit de la finalité du cautionnement n'implique pas une distinction entre cautions. Qu'elle soit simple ou solidaire, personne physique ou personne morale, toute caution s'engage à payer le créancier si le débiteur est défaillant, sous réserve de la situation de la caution dans la sauvegarde. Dès lors, il est assez paradoxal de considérer que la défaillance du débiteur soit à l'origine de la mise à l'écart de la règle de l'accessoire et de ne pas pouvoir l'appliquer à toutes les cautions.

203. En réalité, ce paradoxe trahit la volonté du législateur, surtout lorsqu'on examine les solutions homogènes qui prévalent dans le redressement et la liquidation judiciaires. Toutes les

³⁵⁹ V. en ce sens les développements pertinents de N. Dissaux, Le sort du cautionnement en cas d'absence de déclaration de la créance au passif du débiteur principal, JCP E 8 sept. 2011, p. 16 ; N. Picod, *op. cit.* n° 66.

³⁶⁰ CA Lyon 18 nov. 1988, D. 1989, p. 71, note F. Derrida ; CA Bordeaux, 16 mars 1989, D. 1989, p. 473, note F. Derrida ; CA Versailles, 21 mai 1991, D. 1992, somm. 251, obs. F. Derrida.

³⁶¹ M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.* n° 101 s.

cautions ou presque reçoivent généralement un traitement unique de telle sorte que la mise à l'écart de la règle de l'accessoire peut aisément se justifier par la défaillance du débiteur. Dès lors, toutes les cautions ne peuvent se prévaloir des délais et remises du plan de redressement³⁶², elles ne peuvent toutes, en principe, se prévaloir de l'inopposabilité de la créance forclosée³⁶³. Il existe donc dans ces procédures traditionnelles dans lesquelles le débiteur a cessé ses paiements une cohérence qui renforce le fondement de la défaillance du débiteur. Au surplus, la fonction économique du cautionnement ou son efficacité constitue de façon générale un levier de sauvetage de l'entreprise en redressement judiciaire qui justifie l'altération, même partielle, de la règle de l'accessoire. Cela signifie que cette dernière est généralement exclue lorsqu'elle est susceptible de paralyser le redressement de l'entreprise.

204. Dans le rapport de force permanent entre la finalité du cautionnement et la règle de l'accessoire cela se traduit par la primauté de la première pour la raison que nous venons d'évoquer c'est-à-dire la défaillance du débiteur. Néanmoins, sur un tout autre plan, cette préférence législative pour la fonction économique du cautionnement se recommande également des conséquences traditionnellement attribuées au caractère accessoire du cautionnement notamment celles qui résultent de la distinction entre exceptions inhérentes à la dette et « exception purement personnelle » au débiteur³⁶⁴. A ce propos, en permettant au créancier négligent de « poursuivre la caution sans que celle-ci puisse lui opposer l'extinction de sa créance »³⁶⁵, les dispositions de l'article L.631-14 alinéa 6 du code de commerce suggèrent une requalification de la nature de l'exception qui caractérise désormais la sanction du défaut de déclaration.

205. A l'évidence, l'extinction de la dette principale constitue une cause d'extinction accessoire du cautionnement en ce sens qu'elle rend l'obligation de la caution caduque³⁶⁶. Elle constitue donc un moyen dont la caution peut se prévaloir, raison pour laquelle elle a souvent été considérée comme une exception inhérente à la dette malgré quelques voix dissonantes de la

³⁶² Art. L. 631-20 C. com.

³⁶³ Art. L. 631-14 al. 7 C. com. (redressement judiciaire); la solution est relativisée dans le cadre de la sauvegarde (art. L. 622-26 al. 2).

³⁶⁴ Art. 2313 C. civ. (anc. art. 2036).

³⁶⁵ Ph. Roussel Galle, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2^e éd. 2007, coll. entreprise, n° 542.

³⁶⁶ V. en ce sens L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.* n° 131.

doctrine³⁶⁷. La Cour de cassation avait même posé l'équation selon laquelle « à créance principale éteinte, cautionnement éteint »³⁶⁸. Il n'en demeure pas moins que l'inopposabilité doit s'analyser aujourd'hui et depuis l'ordonnance de 2008 comme une exception non inhérente à la dette. Dès lors, cette requalification de la sanction du défaut de déclaration en exception exclusivement personnelle au débiteur fragilise incontestablement la caution comme à chaque fois lorsqu'elle ne profite pas des mesures de faveur accordées au débiteur ; elle peut être poursuivie en paiement d'une créance qui est inopposable au débiteur principal. La caution doit payer au créancier une dette pour laquelle le paiement ne peut être réclamé au débiteur lui-même par le même créancier.

206. En pratique, la caution serait amenée à rembourser le crédit à une banque négligente alors que cette dernière serait dans l'impossibilité d'agir contre le débiteur principal faute d'avoir déclaré sa créance. Dès lors, le principe résultant du caractère accessoire et selon lequel la caution ne peut être plus durement traitée que le débiteur est clairement mis en échec. La caution est traitée comme un véritable débiteur en ce sens qu'à ce moment précis elle est seule obligée dans la relation triangulaire qu'elle entretient avec le débiteur principal et le créancier. Toutefois, il est aussi incontestable que cette règle cadre parfaitement avec l'esprit même de la loi de sauvegarde qui vise à apporter un certain équilibre dans le traitement des difficultés de l'entreprise notamment en ce qui concerne la prise en compte constante et opportune des intérêts des différents acteurs de la procédure et des partenaires du débiteur³⁶⁹. En revanche, force est de constater que cet équilibre recherché n'est pas synonyme d'égalité entre toutes les parties en cause ; le débiteur ne se voit toujours pas opposer la créance non déclarée, le créancier voit sa créance maintenue, mais le garant autre acteur de la procédure, doit malheureusement constater la chute de ses intérêts pendant l'exécution du plan de redressement.

³⁶⁷ F. Derrida, P. Godé et J.P Sortais avec la collaboration d'A. Honorat, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, D. 1991, 3^e éd., n° 542.

³⁶⁸ P.M. Le Corre, Le sort du cautionnement en l'absence de déclaration de créance au passif sous l'empire de la loi de sauvegarde, Gaz. Pal. 7 et 8 oct. 2011, doc., 2740.

³⁶⁹ En supprimant la sanction extinction, pas favorable au créancier négligent, le législateur a entendu préserver un peu plus ses intérêts en maintenant son droit de contrainte contre la caution.

b. L'instauration d'un régime dérogatoire au principe d'opposabilité, dans la sauvegarde, favorable à la caution personne physique

207. La procédure de sauvegarde qui a donné son nom à la loi du 25 juillet 2005 est résolument la procédure de toutes les exceptions en ce sens qu'elle permet généralement à la caution personne physique ou au dirigeant garant, de façon générale, d'échapper à la rigueur de la procédure de redressement judiciaire voire de liquidation judiciaire. Cette conception de la sauvegarde est constante en droit français. On note ainsi que, comme pour la suspension des poursuites ou les délais et remises du plan de sauvegarde, la caution personne physique peut se prévaloir ici de l'inopposabilité dans la sauvegarde durant l'exécution du plan.

208. On constate également que, contrairement à l'article L.631-14 al.6 du code de commerce, les dispositions de l'article L.622-26 alinéa 2 du même code, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, constituent une « faveur supplémentaire à l'adresse des dirigeants sociaux, pour les encourager à demander l'ouverture d'une procédure collective avant même la cessation des paiements »³⁷⁰. Les cautions personne morale peuvent par conséquent être poursuivies par le créancier négligent comme dans le redressement judiciaire.

209. Telle qu'énoncée, l'inopposabilité dont bénéficie la caution personne physique a une portée précise. Elle ne peut être invoquée après l'exécution du plan de sauvegarde. En cela, elle constitue un simple maillon d'une chaîne de mesures qui visent à paralyser le droit de poursuite des créanciers. En effet, si l'on considère les trois périodes qui commencent à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, l'inopposabilité des créances non déclarées constitue une mesure complémentaire de la suspension des poursuites des créanciers antérieurs ainsi que nous le relevions précédemment. Celle-ci étant limitée à la période d'observation, l'inopposabilité de la créance non déclarée opère une continuité de la paralysie du droit de poursuite des créanciers contre la caution personne physique durant l'exécution du plan, une sorte de « mesure relai ».

210. Elle constitue également un renforcement du corpus juridique relatif à l'opposabilité par la caution personne physique des dispositions du plan de sauvegarde. Cela signifie que lorsque le créancier antérieur ne peut pas poursuivre la caution personne physique durant la période

³⁷⁰ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 101 .

d'observation en raison de la règle de la suspension des poursuites, il ne le pourra pas non plus durant l'exécution du plan qui succède à la période d'observation. Une garantie sûre pour la caution personne physique de ne jamais être poursuivie en paiement de l'ouverture de la procédure de sauvegarde jusqu'à la fin de l'exécution du plan c'est-à-dire jusqu'à la clôture de la sauvegarde³⁷¹. Et si le plan a été parfaitement exécuté, il semble que la créance non déclarée soit toujours inopposable à la caution personne physique. En revanche, la résolution du plan ferait échec à cette règle. La caution personne physique pourrait par conséquent être poursuivie par le créancier³⁷².

211. Il convient donc d'en déduire une survie du caractère accessoire du cautionnement en ce sens que le sort de la caution personne physique est ici aligné sur celui du débiteur. Mais de là à considérer cette dérogation comme une exception inhérente à la dette, il y a un pas à franchir que nous ne franchirons pas comme nous l'indiquions précédemment. Il serait incohérent de considérer, dans la même procédure, l'inopposabilité comme une exception inhérente à la dette pendant l'exécution du plan, et une exception personnelle au débiteur après celle-ci.

212. En tout état de cause, il existe une dualité de régime selon que l'on considère la caution personne physique ou la caution personne morale. La première, moins durement traitée que la seconde, peut opposer au créancier l'inopposabilité de la créance non déclarée, durant l'exécution du plan. Quant à la seconde, elle reste tenue envers le créancier forclos alors que jadis elle pouvait lui opposer l'extinction de la créance non déclarée. Cela constitue notamment à son propos une fragilisation de sa situation, du moins durant l'exécution du plan de sauvegarde en droit français. Son sort serait-il plus favorable en droit OHADA ?

³⁷¹ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1055

³⁷² V. en ce sens C. Saint-Alary-Houin, *ibidem.* ; Ph. Roussel Galle, *Réforme des entreprises en difficulté*, Litec 2^e éd., coll. entreprise, n° 544.

B. Une opposabilité implicite en droit OHADA depuis l'AUPC du 10 septembre 2015

213. Si la réforme de l'AUPC a apporté une satisfaction dans la détermination de la situation de la caution dans les procédures collectives de façon générale³⁷³, elle a également apporté son lot de regrets à l'interprète en ce sens qu'elle donne le sentiment de ne pas être pas allée aussi loin dans sa logique. En d'autres termes, elle n'a pas suffisamment tiré les conséquences de la sanction-inopposabilité à l'égard de la caution et de l'évolution en droit français notamment à travers la loi de sauvegarde de 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008. Il s'agira de soutenir dans cette étude que, nonobstant le mutisme regrettable du législateur OHADA sur l'opposabilité ou non de la créance non produite à la caution, l'opposabilité retenue en droit positif français est implicite en droit OHADA. Le caractère implicite de cette solution résulte de la transposition de la législation française, sous le régime de la loi de sauvegarde de 2005 (I). Néanmoins, comme en droit français, la précision de la situation de la caution est nécessaire au moins pour les besoins de cohérence législative (II).

I. La transposition regrettable du passif de la loi du 26 juillet 2005

214. Pour rappel, la législation française antérieure à l'ordonnance de 2008 était muette sur la question relative à l'incidence de la forclusion sur le sort de la caution. Avant la loi de 1994 cela ne surprenait pas, depuis cette loi et surtout celle de sauvegarde des entreprises, ce mutisme était perturbant dans un contexte de détermination généralisée de la situation de la caution par rapport aux avantages dont bénéficie le débiteur. Ce mutisme ressemble à bien des égards à celui du droit français antérieur car sous l'empire des lois de 1967 et de 1985, le législateur ne réglait pas expressément le sort de la caution et des autres garants par rapport à la sanction du défaut de relevé de forclusion. Les articles 41 de la première et 53 de la seconde étaient totalement muets sur le sort de la caution et des autres garants. Par exemple, l'alinéa 3 de l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985 disposait simplement que « Les créances qui n'ont pas été déclarées et n'ont pas donné lieu à relever de forclusion sont éteintes ». Dans cette loi, il n'existait aucune disposition susceptible de déterminer clairement la situation de la caution dans ces conditions.

³⁷³ V. *supra* n° 95 et 102 s.

215. Ce passif semble avoir été transposé en droit OHADA dans l'AUPC originel et, à première vue, le nouvel AUPC n'a pas jugé utile de rectifier. En effet, déjà sous le régime de la sanction antérieure l'AUPC ne déterminait pas la situation de la caution poursuivie par un créancier forclos³⁷⁴. Si à cette période la doctrine et la jurisprudence françaises lui avaient fourni les éléments pour déterminer la situation de la caution en considérant que l'extinction de la créance non déclarée constituait une exception inhérente à la dette, le contexte n'est plus le même depuis que la loi de sauvegarde qui a opéré des modifications substantielles concernant le droit des procédures collectives et la situation des garants de façon générale.

216. Paradoxalement ce sont les dispositions de cette même loi de sauvegarde que le législateur OHADA a reprises dans sa récente réforme de 2015. Dans ce contexte, l'article L. 622-26 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi de 2005 ne déterminait exclusivement que la situation du débiteur face à un créancier forclos³⁷⁵. Cette solution a été reprise dans son principe par le nouvel AUPC sans adaptation, ni actualisation, une sorte de mimétisme juridique regrettable. Or, depuis 2008 la position du droit français a changé sur ce point³⁷⁶. On ne comprend donc pas la raison pour laquelle l'article 83, dans sa rédaction issue de la réforme de 2015, qui consacre la sanction-inopposabilité, n'a pas fait l'objet de la démarche commune et généralisée de détermination du sort de la caution. Il y a là un problème de cohérence de la technique législative du législateur OHADA qui mérite d'être corrigé.

Faut-il y voir néanmoins une forme de maladresse ou d'oubli d'autant plus que l'adoption du nouvel AUPC est postérieure à l'ordonnance de 2008. Ces circonstances auraient dû permettre au législateur OHADA d'adopter une position différente. Son mutisme laisse songeur, car il avait l'occasion de ne pas reprendre l'erreur du législateur français de 2005, mais surtout de rendre une copie parfaite de sa réforme. D'où la nécessité de préciser la situation de la caution pour éviter tout amalgame et être cohérent en allant jusqu'au bout de sa nouvelle logique précédemment indiquée.

³⁷⁴ Art. 83 al. 1 AUPC

³⁷⁵ S. Pelletier, L. Madariaga, *op. cit.* n° 11 s.

³⁷⁶ S. Pelletier, L. Madariaga, *op. cit.* n° 20 s.

II. La précision de lege ferenda sur le sort de la caution

217. A la différence du droit français qui oblige le créancier à déclarer sa créance dans une procédure préventive notamment la sauvegarde c'est-à-dire une procédure dans laquelle le débiteur n'a pas encore cessé ses paiements, le droit OHADA n'admet la déclaration des créances que dans les procédures traditionnelles. Or, celles-ci sont généralement considérées comme constituant le risque contre lequel le cautionnement a été sollicité par le créancier. Par conséquent, l'inopposabilité de la créance non produite ne devrait pas profiter à la caution. Le législateur OHADA indique clairement que la caution ne peut se prévaloir du concordat de redressement³⁷⁷, il donnerait une plus grande lisibilité et cohérence à sa réforme en indiquant expressément que la caution ne bénéficie pas de l'inopposabilité de la créance non produite. Cela impliquerait par exemple une réécriture de l'article 83.

Cela reviendrait à considérer la règle de l'accessoire dans sa globalité. Ce qui ne serait pas nouveau en droit des procédures collectives dans la mesure où la sanction extinction profitait à toutes les cautions alors même qu'elle était plus sévère³⁷⁸. *A fortiori* la sanction-inopposabilité devrait davantage s'appliquer à la caution personne physique qu'à la caution personne morale, mais eu égard au contexte actuel de traitement de la caution, il semble peu évident que le choix du législateur se porte sur un traitement égal de ces deux cautions.

218. Toutefois, il serait plus évident que le législateur opte pour une dualité de régime entre les cautions car c'est le choix global adopté aujourd'hui par les législations française et OHADA. Si l'on considère effectivement le choix qu'il a effectué en ce qui concerne la règle de la suspension des poursuites, dans laquelle le législateur africain a pris le contre-pied parfait de la solution retenue en droit français en permettant à la caution personne physique de se prévaloir de la suspension des poursuites des créanciers, nous ne serons pas surpris qu'il fasse le même choix en l'occurrence. Dans cette hypothèse, il pourrait bien permettre à la caution personne physique de se prévaloir de l'inopposabilité de la créance non produite dans le cadre du redressement judiciaire. Ce qui constituerait une innovation en droit des procédures collectives et permettrait au droit OHADA de se démarquer une fois de plus du droit français. Cette solution aurait sans

³⁷⁷ Art. 134 al. 5 AUPC

³⁷⁸ V. *supra* n° 124

doute aussi le mérite d'être cohérente dans la mesure où finalement l'AUPC entend donner au chef d'entreprise les raisons de solliciter l'ouverture du redressement judiciaire au pire moment de sa situation. Toutefois, dans cette hypothèse se posera la question de savoir si, comme pour la suspension des poursuites contre la caution personne physique dans le cadre du redressement judiciaire, une telle mesure serait efficace ?

219. Il convient néanmoins d'observer qu'il ne serait pas judicieux pour le législateur OHADA de suivre cette voix, car elle serait contre-productive pour les procédures d'anticipation et remettrait en cause tous les efforts qu'il vient d'entreprendre dans ce sens. En effet, on ne comprendrait pas que la caution personne physique bénéficie d'autant de privilèges dans une procédure où les difficultés de l'entreprise sont plus importantes. Il s'agirait d'un avantage de trop accordé à la caution personne physique qui desservirait les efforts de prévention des difficultés de l'entreprise c'est-à-dire l'attractivité de la conciliation et du règlement préventif.

220. En outre, on comprendrait encore moins que la caution bénéficie d'une telle protection alors que le débiteur est déjà défaillant ou du moins, que sa défaillance est imminente. Or, c'est à ce moment que la mise en œuvre du cautionnement est plus utile ou plus exactement devrait commencer à interpeller les différents acteurs de la procédure. Il serait donc préférable à notre sens de faire prévaloir la fonction économique du cautionnement au détriment de son caractère accessoire.

221. Enfin, on pourrait ajouter à ces deux arguments, un troisième qui repose sur l'objectif prioritaire des procédures collectives africaines même si rappelons-le ce dernier a connu une légère variation. Or, en permettant à la caution personne physique de se prévaloir aussi bien de la SPI que de l'opposabilité de la créance non produite, cela emporterait des conséquences préjudiciables pour le succès de la procédure. Le risque d'une telle mesure serait que le débiteur ne considère plus la cessation des paiements comme néfaste pour sa situation. Car celle-ci serait en réalité la même dans les deux hypothèses. Le dirigeant de l'entreprise en difficulté pourrait très bien attendre que son entreprise cesse ses paiements pour solliciter l'ouverture de la procédure collective. Ce serait un grand pas en arrière du point de vue des possibilités que le législateur offre au débiteur pour prévenir ses difficultés dans la mesure où il n'aura pas à se

précipiter pour solliciter une procédure préventive qui lui offre les mêmes protections qu'une procédure de traitement s'il patiente encore.

Section 2. Les limites au paiement de la créance non déclarée

222. C'est à l'aune des mesures de protection dont bénéficient certaines cautions que l'on mesure la réalité pratique du principe d'opposabilité de la créance non déclarée. Si en théorie il est vrai que la caution doit exécuter son engagement à l'égard du créancier forclos³⁷⁹, déchu de son droit d'agir contre le débiteur, il n'en demeure pas moins que dans la pratique le principe d'opposabilité de la créance non déclarée à la caution sera confronté aux restrictions des droits des créanciers de façon générale dans les procédures collectives³⁸⁰.

223. En premier lieu, il y a la suspension des poursuites individuelles des créanciers³⁸¹. Celle-ci intervenant dès l'ouverture de la procédure, le créancier forclos ne pourra pas opposer à la caution personne physique sa créance non déclarée, ou non produite, durant la période d'observation en droit français ou celle équivalente en droit OHADA. Cela correspond notamment aux procédures de sauvegarde en droit français et de redressement judiciaire dans les deux droits. En second lieu, durant l'exécution du plan ou du concordat, le créancier forclos connaîtra d'autres obstacles et pas souvent les mêmes dans les deux législations. Durant cette phase, il convient de relever la divergence existant entre le droit français et le droit OHADA, car, dans ce dernier, contrairement au droit français, l'application de la règle de la suspension des poursuites contre la caution personne physique permettrait à celle-ci d'échapper aux poursuites en paiement du créancier forclos conformément aux dispositions de l'article 75-1 AUPC. En troisième et dernier lieu, il conviendra d'indiquer également que dans le contexte de la liquidation judiciaire en droit français, et celui de la liquidation des biens en droit OHADA, il ne semble pas exister d'obstacles aux poursuites du créancier forclos contre la caution en cas de clôture de la procédure. Le débiteur peut être poursuivi, nonobstant le défaut de déclaration de créance, en cas de clôture pour extinction du passif et sous conditions en cas de clôture pour insuffisance

³⁷⁹ V. en ce sens P. Crocq, Des créanciers et des contractants mieux protégés, Dr. et patr. déc. 2015, p. 61 ; F. Derrida et J.P. Sortais, La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives, LPA 22 mars 2006, n° 58, p. 8.

³⁸⁰ P.M. Le Corre, Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur, Gaz. Pal. 9/10 sept. 2005, p. 27, n° 17.

³⁸¹ V. *infra* n° 366 s. ; V. également C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 696 s.

d'actif³⁸², rien ne s'oppose à ce que la caution soit poursuivie par le créancier dans ces deux issues probables de la liquidation.

224. Le fondement de cette solution, dans le cadre de cette phase terminale des difficultés de l'entreprise, réside dans la prépondérance de l'efficacité économique du cautionnement au détriment de son caractère accessoire³⁸³. Néanmoins, dans cette hypothèse la caution pourra se prévaloir des moyens de défense que lui offre généralement le droit commun du cautionnement tel que l'exception de subrogation³⁸⁴ ou encore le défaut d'information du créancier.

Quoi qu'il en soit, les difficultés de mise en œuvre du principe d'opposabilité de la créance non déclarée à la caution *in bonis* doivent être envisagées d'abord durant la période d'observation (Paragraphe 1), ensuite durant l'exécution du plan ou du concordat (Paragraphe 2) et enfin après la clôture de la procédure (Paragraphe 3).

Paragraphe 1. Les difficultés de mise en œuvre durant la période d'observation

225. Durant la période d'observation, la suspension des poursuites constitue le principal obstacle au recouvrement de la créance du créancier non privilégié, admis dans le cadre de la procédure³⁸⁵. Pour le créancier forclos, cette mesure caractéristique du droit des procédures collectives a une incidence évidente. Sous le régime de la solution antérieure, le créancier ne pouvait poursuivre la caution parce que sa créance était éteinte³⁸⁶. Désormais, malgré l'absence de cette extinction, il ne peut toujours pas poursuivre cette dernière en garantie sur le fondement des dispositions de

³⁸² P.M. Le Corre, Droit et pratiques des procédures collectives, *op. cit.* n° 665-76 ; (également) Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises, LPA 10 juin 2004, p. 30, n° 15.

³⁸³ Dans la procédure de liquidation qu'il s'agisse en droit français de la liquidation judiciaire ou en droit OHADA de la liquidation des biens, l'objectif consiste à apurer le passif en payant les différents créanciers. Il sera question dans cette phase terminale de l'entreprise en difficulté de procéder à la vente des biens du débiteur, au recouvrement de ses créances notamment des factures ou chèques impayés. L'actif constitué permettra aux organes de la procédure de procéder aux répartitions et dividendes entre tous les créanciers déclarants. Ainsi, ceux d'entre eux qui n'auront pas effectué leur déclaration de créance dans les délais requis et qui n'auront pas été relevé de leur forclusion seront privés de ces avantages, car leur créance sera inopposable au débiteur et à la procédure conformément à l'article L. 641-3 alinéa 1^{er} du code commerce et l'article 83 AUPC sus évoqué.

³⁸⁴ P.M. Le Corre, *op. cit.* p. 27, n° 17.

³⁸⁵ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 693

³⁸⁶ Com. 17 juill. 1990, 3 arrêts Bull. civ. IV, n° 214 et 215 ; D. 1990.494, note A. Honorat ; D. 1991, somm. 12, obs. F. Derrida ; JCP E 1991, II, 101, note Amlon ; RD. Bancaire 1990.246, obs. Campana et Calendini. V. également J.F. de Valbray, Le cautionnement des dirigeants et la faillite de l'entreprise, LPA 14 sept. 1994, n° 110, p. 74.

l'article L. 622-28 du code de commerce en droit français et de l'article 9 et 75 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

226. Bien qu'inoffensive à l'égard du débiteur principal, la créance non déclarée le sera moins à l'égard de la caution durant la période d'observation en droit français et en droit OHADA. Un auteur observe en ce sens que l'inopposabilité ne fait pas obstacle à la poursuite des cautions comme des autres garants³⁸⁷. Cela s'explique par le fait que la caution ne peut en principe exciper de la règle de la suspension des poursuites durant la période d'observation pour se soustraire à son obligation de paiement à l'égard du créancier antérieur. En revanche, il en est autrement pour ce qui est de la caution personne physique³⁸⁸. Deux situations peuvent alors être observées.

227. En premier lieu, la situation de la caution personne physique sera plus avantageuse que celle de la caution personne morale, car la première bénéficie durant la période qui précède l'adoption du plan (dans la sauvegarde et le redressement judiciaire en droit français) et du concordat de redressement (en droit OHADA) de la règle de la suspension des poursuites. En second lieu, la personne morale sera la plus exposée et donc la moins protégée, car les créanciers pourront exercer à son égard des poursuites dès lors qu'elle ne bénéficie d'aucune protection durant cette même période aussi bien en droit français, que désormais en droit OHADA notamment depuis l'entrée en vigueur du nouvel AUPC le 24 décembre 2015. La situation de la caution personne morale est celle qui a le plus été marquée par la substitution de la sanction de l'inopposabilité à la sanction extinction. Elle peut donc être poursuivie par le créancier négligent pour le paiement d'une créance ignorée par les organes de la procédure. Dans cette hypothèse, de moins en moins rare dans la pratique au regard de l'importance de la pratique des cautions personnes morales telles que les banques, un auteur relève que le créancier poursuivant exercera son droit de créance « dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire comme s'il n'y avait pas procédure collective »³⁸⁹. Il s'ensuit que la situation de la caution a partiellement été modifiée par rapport à la solution antérieure³⁹⁰.

³⁸⁷ F. Reille, *op. cit.* n° 856 ; P.M. Le Corre, Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur, *op. cit.* n° 15, p. 27 ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 771.

³⁸⁸ V. *infra* n° 374 s.

³⁸⁹ P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 15

³⁹⁰ V. *supra* n° 125 s.

228. A l'égard du débiteur principal l'inopposabilité de la créance non admise rend celle-ci « transparente »³⁹¹. Elle a une simple existence juridique virtuelle. En revanche, on ne peut nier l'évidence selon laquelle certaines créances non déclarées, bien qu'opposables à la caution, ne pourront être recouvrées par leur titulaire durant cette période qui précède l'adoption d'un accord entre le débiteur et ses créanciers régulièrement admis à la procédure. Dans cette optique, la suspension des poursuites apparaît comme une sorte de bouclier qui permet à la caution de façon générale d'amortir le plus possible toute perte d'un privilège ou avantage lié à l'ouverture de la procédure.

229. Dans la même veine, il est généralement admis en droit français que la caution est fondée à opposer au créancier négligent la décharge prévue par l'article 2314³⁹² du code civil. Autrement dit, lorsque « le créancier a omis de déclarer sa créance, peu important la nature de celle-ci, la caution qui aurait pu tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes, peut être déchargée de son obligation »³⁹³. Néanmoins, bien que cette solution soit discutée par certains auteurs³⁹⁴, la caution ne peut s'en prévaloir qu'en cas de faute prouvée du créancier et de préjudice³⁹⁵ subi par elle.

230. Dans le cadre du droit OHADA, faute d'une jurisprudence connue et publiée, il nous semble qu'au regard des dispositions de l'article 29 alinéas 2 et 3 AUS, la caution est également disposée à demander sa décharge dans les conditions du droit commun du cautionnement issu de l'AUS de 2010. Néanmoins, la suspension des poursuites contre la caution personne physique est le

³⁹¹ F. Reille, *op. cit.* n° 856; V. également P.M. Le Corre, *op.cit.* n° 14. ; N. Picod, *op. cit.* n° 66.

³⁹² Art. 2314 C. civ. (anc. art. 2037).

³⁹³ Com. 12 juill. 2011, n° 09-71.113, Bull. civ. IV, n° 118; D. 2011, Actu. 1894, obs. A. Lienhard; RTD civ. 2011. 782, obs. P. Crocq ; JCP G 2011, 901, note Dissaux; Gaz. Pal. 2011, n° 265, p.20, note Dumond-Lefrand et n° 300, p.8, note Juillet ; RTD com. 2011, p. 625, note D. Legeais; RD banc. et fin. 2011, comm. 162, obs. Cerles ; LPA 21 déc. 2011, p. 18, note Piedelièvre ; JCP G 2011, 1259, n° 7, obs. Ph. Simler ; Toulouse, 6 mars 2012, Gaz. Pal. 27-28 avr. 2012, p. 10, note Le Corre-Broly (« si la caution est déchargée de son obligation, lorsque la subrogation dans un droit préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance ne peut plus, par le fait de celui-ci, s'opérer en faveur de la caution, pareil effet ne se produit que si cette dernière avait pu tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes, susceptible de lui être transmis par subrogation »); Com. 19 fév. 2013, n° 11-28.423, Bull. civ. IV, n° 26; D. 2013. Actu. 565, obs. A. Lienhard et Pan. 1712, obs. P. Crocq (cassation de l'arrêt d'appel selon lequel l'art. 2314 n'est pas applicable lorsque la créance n'était que chirographaire et ne bénéficiait d'aucune garantie) ; V. également Civ. 1^{ère}, 3 juill. 2013, n° 12-21.126, Bull. civ. I, n° 144 ; D. 2013, Actu. 1741.

³⁹⁴ P. Crocq, comm. sous Com. 19 fév. 2013, *loc.cit.* ; *contra* P.M. Le Corre, *op.cit.* n° 17.

³⁹⁵ Droit commun: civ. 1^{ère}, 24 oct. 2006, Bull. civ. I, n° 436; D. 2006, AJ 2908, obs. Avena-Robardet ; Droit des entreprises en difficulté : Com. 25 nov. 2008, Bull. civ. IV, n° 198 ; D. 2009, AJ 15, obs. Avena-Robardet ; RLDC 2009/56, n° 3259, obs. Marraud des Grottes ; Com. 12 juill. 2011, *prec. supra* note 352.

principal obstacle à la mise en œuvre de l’opposabilité de la créance non déclarée durant la période précédant l’adoption d’un plan ou d’un concordat. Le créancier forclos est également susceptible de rencontrer d’autres difficultés dans la mise en œuvre du cautionnement durant l’exécution du plan ou du concordat.

Paragraphe 2. Les difficultés de mise en œuvre durant l’exécution du plan ou du concordat

231. La question est de savoir si le créancier forclos est paralysé d’une manière ou d’une autre par l’exécution du plan ou du concordat. A cette question, il convient de répondre par l’affirmative en ce qui concerne le droit français³⁹⁶ contrairement au droit OHADA et par la négative dans le cadre du redressement judiciaire³⁹⁷ cette fois-ci aussi bien en droit français qu’en droit OHADA. Pour autant, la pertinence de cette analyse passera par la mise en évidence des limites essentielles au principe d’opposabilité de la créance non déclarée à la caution durant l’exécution du plan. Celles-ci sont clairement posées par le législateur français aussi bien dans la sauvegarde que dans le redressement judiciaire de telle sorte que l’interprète est suffisamment éclairé sur la question. En revanche, cette clarté du droit français met particulièrement en lumière les difficultés probables d’application sereine du principe d’opposabilité de la créance non déclarée durant l’exécution du concordat de redressement.

232. Toutefois, une analyse plus globale de la réforme de l’AUPC nous permet d’envisager à nouveau la règle de la suspension des poursuites individuelles des créanciers comme limite essentielle au principe de l’opposabilité de la créance non déclarée durant l’exécution du concordat de redressement judiciaire. Dès lors, il convient dès à présent d’envisager les limites au principe d’opposabilité de la créance non déclarée durant successivement l’exécution du plan en droit français (A) et l’exécution du concordat en droit OHADA (B).

³⁹⁶ Art. L.622-26 C. com.

³⁹⁷ Art. L.631-14 C. com.

A. Durant l'exécution du plan

233. L'exécution d'une convention d'une manière générale, ou de façon plus particulière l'exécution du plan et du concordat impliquent la mise en œuvre des dispositions qu'ils contiennent. Celles-ci sont, néanmoins, généralement défavorables à la caution aussi bien dans la sauvegarde, sous réserve du traitement exceptionnel de la caution personne physique³⁹⁸, que dans le redressement judiciaire dans la mesure où elle ne peut en principe s'en prévaloir³⁹⁹. Autrement dit, le créancier négligent qui, au demeurant, n'a participé ni à l'élaboration du plan, ni à son adoption, est susceptible d'opposer à la caution sa créance comme le créancier diligent durant l'exécution du plan. La caution sans distinction ne profitant pas en principe de la règle de la suspension des poursuites durant l'exécution du plan, elle ne constitue pas davantage un obstacle aux poursuites en paiement du créancier négligent contre la caution durant l'exécution du plan. En ce sens, la déclaration de créance est sans intérêt pour le créancier dans ses rapports avec la caution.

234. Aussi, sous cet angle de vue, le créancier négligent semble avoir plus de chances de recouvrer sa créance auprès de la caution durant l'exécution du plan que durant la période qui précède son adoption conformément aux dispositions des articles L. 622-26 alinéa 2 et L.622-28 alinéa 2 du code de commerce. Pourtant, ceci n'est vrai que dans la procédure de redressement judiciaire. En effet, dans un premier temps, l'examen combiné des dispositions de ces deux articles suggère que la caution personne physique ne peut être inquiétée par les poursuites du créancier négligent durant l'exécution du plan de sauvegarde conformément à l'article L.622-26 alinéa 2 du code de commerce. Ce dernier dispose expressément que l'inopposabilité de la créance non déclarée, dont bénéficie le débiteur principal durant et après la bonne exécution du plan, s'étend à la caution personne physique mais uniquement durant l'exécution du plan.

235. l'exégèse de ces dispositions suggère de considérer que durant l'exécution du plan de sauvegarde, la caution personne physique ne fera l'objet d'aucune poursuite en paiement d'une créance non déclarée par le créancier négligent. Tant que cette exécution n'est pas achevée, les

³⁹⁸ Pour rester dans le contexte de l'incidence de la sanction du défaut de déclaration : v. en ce sens M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 630.

³⁹⁹ V. en ce sens M. Cottet, *op. cit.* n° 330.

poursuites possibles contre la caution aux fins d'exécution d'une obligation du débiteur non portée à la connaissance du mandataire judiciaire ne peuvent aboutir ainsi que le relève deux auteurs⁴⁰⁰. Cette solution est en parfaite cohérence avec la logique contemporaine des procédures collectives, laquelle consiste à accorder au dirigeant caution un régime de faveur afin de favoriser l'anticipation des difficultés de son entreprise⁴⁰¹. Cette cohérence semble par ailleurs nécessaire car elle renforce le souci du législateur de rendre la sauvegarde plus attractive que ne peut l'être le redressement judiciaire.

236. Par ailleurs, elle paraît encore plus cohérente et équitable dans la mesure où elle n'accorde pas plus de faveurs au créancier négligent⁴⁰². Il aurait été difficile d'admettre que d'un côté le recouvrement de la créance déclarée soit limité par les dispositions du plan de sauvegarde durant son exécution et que de l'autre, celui qui s'est exonéré de son obligation de déclaration s'affranchisse de ces dispositions pour obtenir le paiement de sa créance auprès de la caution. La volonté du législateur est d'inciter le dirigeant caution à solliciter l'ouverture de la procédure collective à l'aube des difficultés de l'entreprise. Par comparaison, contrairement à la sauvegarde, la caution peut se voir opposer la créance non déclarée, au demeurant inopposable au débiteur principal durant l'exécution du plan de redressement, conformément à l'article L.631-14 alinéa 7.

237. Ne pouvant distinguer là où la loi ne distingue pas, aucune distinction ne doit être faite entre la caution personne physique et la caution personne morale. Toutes les deux ne peuvent se prévaloir de l'inopposabilité de la créance non déclarée durant l'exécution du plan de redressement. C'est notamment ce qui ressort des dispositions de l'article L.631-14 alinéa 7 du code de commerce, qui interdisent expressément à la caution de se prévaloir de l'alinéa 2 de l'article L.622-26 précédemment évoqué dans le cadre de la sauvegarde. De ce fait, durant l'exécution du plan de redressement, tout créancier du débiteur à l'égard duquel le redressement

⁴⁰⁰ M. Bourassin, V. Brémond, *ibid.* : les auteurs relèvent logiquement que « l'inopposabilité au débiteur de la créance non déclarée n'empêchera pas le créancier d'agir en paiement contre le garant » une fois que le plan (de sauvegarde) a été correctement exécuté conformément à l'article L. 622-26 alinéa 2 C. com. *Contra* C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1056.

⁴⁰¹ P. Crocq, Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés, *op. cit.* p. 93 s.

⁴⁰² P. Crocq, *op. cit.* p. 91 : l'auteur aborde la question de la philosophie de la loi de sauvegarde qui vise entre autre à accorder plus de faveurs au créancier vigilant qu'au créancier négligent qu'est le créancier forclos par exemple.

est ouvert peut opposer à la caution sa créance peu importe qu'elle soit déclarée ou non⁴⁰³. A partir du moment où elle est certaine, liquide et exigible, tout créancier peut réclamer à la caution, le paiement de sa créance. Toutefois, contrairement au créancier négligent, celui qui a déclaré sa créance au mandataire judiciaire sera dispensé de faire une mise en demeure pour recouvrer ultérieurement sa créance. Ce qui renforce l'intérêt de l'obligation faite au créancier de déclarer sa créance.

238. Le droit français des entreprises en difficulté offre à la caution peu de moyens de défense contre le principe d'opposabilité de la créance non déclarée durant l'exécution du plan. Exceptionnellement la situation du dirigeant caution sera alignée sur celle du débiteur principal tant que celui exécute convenablement son engagement conformément aux nouveaux délais de paiement et aux remises résultant du plan de sauvegarde⁴⁰⁴. Le dirigeant caution devra donc mériter le bénéfice de l'inopposabilité de la créance non déclarée. L'inopposabilité de la créance non déclarée à l'égard de la caution durant la période d'exécution du plan est le prix de la diligence précoce du dirigeant de l'entreprise en difficulté. Néanmoins, si dans le principe le législateur OHADA semble avoir généralement épousé cette stratégie qui consiste à récompenser le dirigeant caution, il n'en demeure pas moins qu'il utilise de façon surprenante un autre levier, celui de la suspension des poursuites et des voies d'exécution pour écarter l'opposabilité de la créance non produite à la caution durant l'exécution du concordat de redressement.

B. Durant l'exécution du concordat de redressement

239. Si à travers la réforme de l'AUPC, le législateur africain envisageait une modernisation du droit des procédures collectives⁴⁰⁵, force est de constater que celle-ci n'a pas apporté toute la clarté espérée sur un certain nombre de sujets. Contrairement au droit français, le législateur OHADA fait encore preuve aujourd'hui d'un certain mutisme quant à l'impact général de la sanction du défaut de production de créance dans les procédures collectives notamment durant l'exécution du redressement judiciaire. Contrairement à la sanction antérieure, la nouvelle

⁴⁰³ M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.* n° 630

⁴⁰⁴ M. Bourassin, V. Brémond, *ibidem*.

⁴⁰⁵ A. Fénéon, Des mandataires judiciaires mieux encadrés, pour une procédure plus efficace, Dr. et patr. déc. 2015, p. 65.

sanction du défaut de production de créance est l'inopposabilité de la créance non déclarée, car ignorée de la procédure. Comme nous l'avons déjà indiqué, cette inopposabilité ne concerne que le débiteur et la masse des créanciers c'est-à-dire ceux qui ont déclaré leurs créances.

240. Contrairement à la règle de la suspension des poursuites et des voies d'exécution, le législateur n'a pas tiré les conséquences de cette nouvelle sanction sur la caution de telle sorte que la détermination des obstacles au principe d'opposabilité de la créance forclose durant l'exécution du concordat de redressement peut paraître ardue. En effet, il est regrettable que le processus de clarification de la situation de la caution dans l'AUPC que le législateur a entrepris dans cette récente réforme ne soit pas allé jusqu'au bout de sa logique. Plus exactement, on constate malheureusement qu'il a repris, en l'espèce, le passif de la loi française de sauvegarde de 2005 au point de suggérer déjà une modification du nouvel article 83⁴⁰⁶, comme ce fut le cas en droit français avec l'article L.622-26 modifié par l'article 34 de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

241. *A priori*, ce silence du nouvel AUPC crée une situation d'insécurité juridique contre laquelle doit lutter l'Acte Uniforme OHADA afin de garantir la sécurité des investissements. Une réécriture de l'article 83 AUPC semble nécessaire dans le but d'harmoniser les dispositions relatives à la situation de la caution. Dans cette perspective, et si l'on tient compte des dispositions des articles 75-1 et 83 AUPC, cette harmonisation pourrait consister à considérer que la caution notamment personne physique peut opposer au créancier l'inopposabilité de la créance non déclarée. Au moins cela ne serait pas illogique dans le nouveau contexte africain des procédures collectives vu qu'il permet déjà à la même caution personne physique de bénéficier de la suspension des poursuites et des voies d'exécution durant l'exécution du concordat de redressement judiciaire⁴⁰⁷.

242. Cependant, cette solution ne nous satisferait pas car nous pensons qu'elle rendrait le redressement judiciaire plus attractif que le règlement préventif même s'il est vrai que cette dernière procédure ne nécessite pas une déclaration de créance. Il faut observer que l'une des erreurs du législateur OHADA est justement d'avoir parfois mis en place des mesures

⁴⁰⁶ V. *supra* n°216

⁴⁰⁷ V. *infra* n° 448 s.

susceptibles de rendre le redressement plus attractif que le règlement préventif. Cela aurait sans doute permis de mieux accomplir une de ses volontés cardinales tant affichées de « préserver les activités économiques et les niveaux d'emplois des entreprises débitrices, de redresser rapidement les entreprises... »⁴⁰⁸. Toute chose qui passe par une meilleure anticipation des difficultés des entreprises. Ne vaut-il pas mieux prévenir que guérir, car de toute évidence une entreprise viable peut être plus rapidement redressée qu'une entreprise qui a cessé ses paiements.

243. Par ailleurs, nonobstant cette imperfection du nouvel AUPC, y compris la difficulté précédemment évoquée, rien ne semble empêcher l'interprète de déterminer le moyen de défense essentiel que le droit des procédures collectives offre à la caution pour écarter l'opposabilité de la créance non produite à son égard durant l'exécution du concordat de redressement judiciaire. A ce propos, un éminent auteur fait observer que « les restrictions attachées au droit de poursuivre la caution auront vocation à s'appliquer au créancier, qu'il ait ou non déclaré sa créance »⁴⁰⁹. Autrement dit, quand bien même le nouvel AUPC n'indiquerait pas expressément que la caution peut ou non se prévaloir de l'inopposabilité de la créance non déclarée, elle peut opposer au créancier négligent les moyens qu'elle est susceptible d'opposer au créancier diligent.

244. C'est sur cette conviction qu'il conviendra de suggérer la règle de la suspension des poursuites et des voies d'exécution comme limite essentielle à l'opposabilité de la créance forclosée durant l'exécution du plan de redressement judiciaire. En effet, l'article 75-1 alinéa 1 AUPC dispose que toute action contre la caution personne physique est suspendue notamment durant l'exécution du concordat de redressement judiciaire contrairement au droit français. Comme le suggère un auteur⁴¹⁰, cette restriction du droit de contrainte du créancier est valable aussi bien pour le créancier ayant produit sa créance que pour celui qui ne l'a pas fait. La règle de la suspension des poursuites des créanciers s'applique donc indistinctement aux deux types de créanciers. Par conséquent, il y a lieu de considérer que, tout comme dans la procédure de sauvegarde⁴¹¹, seule la caution personne morale se verra opposer la créance non déclarée durant

⁴⁰⁸ Art. 1^{er} AUPC.

⁴⁰⁹ P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 91; V. également en ce sens F. Reille, *op. cit.* n° 856.

⁴¹⁰ P.M. Le Corre, *ibid.*

⁴¹¹ En ce sens qu'il existe une dualité de régime entre la caution personne physique et la caution personne morale.

l'exécution du plan de redressement judiciaire comme *mutatis mutandis* en droit français⁴¹². Sa situation ne change donc pas, elle est la même avant et pendant l'exécution du concordat de redressement judiciaire. En revanche, la caution personne physique pourra se prévaloir de la règle de la suspension des poursuites contrairement au droit français.

245. Sur ce point, il faut admettre que le droit OHADA protège davantage la caution personne physique, qu'il ne protège le créancier. Pour autant, il serait inexact d'admettre qu'une telle protection soit plus efficace qu'une solution contraire c'est-à-dire l'absence de protection de la caution personne physique à ce stade des difficultés du débiteur, encore moins dans les procédures liquidatives.

Paragraphe 3. Les difficultés de mise en œuvre du paiement de la créance non déclarée en cas de clôture de la procédure

246. Le créancier forclos peut-il à la fin de la procédure se prévaloir de sa créance pour contraindre la caution au paiement de sa créance ? Cette problématique ouverte n'admet pas une solution unique, mais plurielle selon qu'il y a clôture de la procédure pour extinction du passif ou pour insuffisance d'actif, ou encore selon qu'il y a résolution du plan ou du concordat. Dans ces différentes situations, la mise en œuvre de l'opposabilité de la créance non déclarée ne connaîtra pas toujours le même sort de sorte qu'il convient d'examiner la question distinctement dans chacune de ces hypothèses. On examinera par conséquent tour à tour les difficultés de mise en œuvre de l'opposabilité de la créance non déclarée en cas de clôture de la procédure pour extinction du passif (A) ou pour insuffisance du passif (B), ou en cas de résolution du plan ou du concordat (C).

A. L'hypothèse de la clôture de la procédure pour extinction du passif

247. L'extinction du passif du débiteur suppose que les créanciers admis à la procédure ont reçu le paiement de leurs créances, y compris les créanciers qui ont été relevés de forclusion, et que le

⁴¹² En ce sens que la caution personne morale n'est finalement épargnée par aucun des deux législateurs dans le cadre du redressement judiciaire. Elle se verra opposer la créance non déclarée aussi bien durant l'exécution du plan de redressement que durant celle du concordat de redressement judiciaire.

débiteur a apuré son passif⁴¹³. Cette nouvelle situation suppose que le débiteur est sorti de la procédure, que les créanciers admis au titre de la procédure ne peuvent plus le poursuivre en paiement car ils ont été désintéressés⁴¹⁴. L'hypothèse est celle définie par les dispositions de l'article L. 631-16 du code de commerce. Aux termes de celles-ci, le tribunal peut mettre fin à la procédure de redressement judiciaire si « le débiteur dispose des sommes suffisantes pour désintéresser et acquitter les frais et les dettes afférents à la procédure ». La cause de l'ouverture de la procédure ayant disparu, rien ne justifie son maintien. Par ricochet, rien ne justifie de continuer à appliquer la discipline collective⁴¹⁵ aux créanciers, y compris ceux n'ayant pas déclaré leurs créances. De ce fait, si les poursuites des créanciers admis à la procédure clôturée deviennent caduques, celles des créanciers non admis à celle-ci deviennent possibles. Ces derniers peuvent à nouveau exercer leur droit de contrainte aussi bien contre le débiteur que contre la caution. La constatation de l'apurement du passif rend à nouveau possible les poursuites des créanciers forclos.

248. Il en est de même lorsque le plan a bien été exécuté conformément aux dispositions de l'article L. 622-26 alinéa 2 du code de commerce. Aux termes de celles-ci, les créanciers forclos ne peuvent poursuivre le débiteur après l'exécution du plan de sauvegarde ou du plan de redressement judiciaire conformément à l'article L. 631-14 du même code. L'inopposabilité est de nature à laisser au débiteur, dont la situation économique et financière est fragile, le temps nécessaire de refaire sa trésorerie dans l'optique d'assurer la pérennité de son activité. Il en va autrement de la caution. Ne pouvant se prévaloir de cette inopposabilité, le respect des engagements du débiteur, en sauvegarde et en redressement judiciaire, ne change pas la situation de la caution qui doit, comme durant la période d'observation, exécuter son engagement selon les conditions initialement convenues. Néanmoins, sa situation sera différente en cas de clôture de la liquidation judiciaire.

⁴¹³ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1406.

⁴¹⁴ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1056.

⁴¹⁵ Com. 16 déc. 2008, n° 07-22033 : la clôture de la procédure n'est pas systématique lorsque le débiteur a payé tous ses créanciers. Le juge peut la maintenir y compris la discipline collective qui en résulte lorsque la pérennité de l'entreprise l'exige (« qu'ainsi, la cour d'appel en relevant, pour refuser de mettre fin au redressement judiciaire, qu'il importait peu que la société soit en mesure de régler le passif échü dès lors qu'il n'était pas démontré que la pérennité de l'entreprise était préservée »).

B. L'hypothèse de la clôture de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif

249. De loin la cause la plus courante de la liquidation judiciaire⁴¹⁶, ou de la liquidation des biens, la clôture pour insuffisance d'actif intervient lorsqu'il ne subsiste plus d'« actifs réalisables du débiteur susceptibles de désintéresser, même partiellement, les créanciers »⁴¹⁷ ou, ajoute le législateur OHADA, « terminer les opérations de la liquidation des biens »⁴¹⁸. Dans cette hypothèse, le droit des procédures collectives, désormais applicable en France et dans l'espace OHADA, pose, comme principale conséquence, le principe de non reprise des poursuites qui interdit aux créanciers déclarants de poursuivre le débiteur après la procédure⁴¹⁹.

250. Il semble toutefois que le créancier forclos est également soumis à ce principe et ne peut donc pas recouvrer sa créance, ce qui fait sans doute dire à un auteur averti que les créances non déclarées « seront fréquemment irrécouvrables »⁴²⁰. Une réponse ministérielle du 5 juillet 2005⁴²¹, indiquait en ce sens que la déclaration de créance est « la conséquence de la suspension des poursuites » de telle sorte que « les créanciers qui n'ont pas déclaré leurs créances ne pourront pas, de ce fait, reprendre leurs poursuites à la clôture de la liquidation judiciaire ».

251. Ce principe n'admet pas de distinction entre le créancier forclos et le créancier déclarant, les deux sont traités sur ce point de la même façon. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, les mêmes causes qui permettront au créancier diligent de reprendre ses poursuites contre le débiteur pourront être opposées par le créancier négligent⁴²². Un auteur relève qu'« il serait étrange

⁴¹⁶ F. Pérochon et Ph. Roussel Galle, Controverse amicale sur la non reprise des poursuites après clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif, in Mél. D. Tricot, D.-Litec, 2011, p. 559 s., spéc. p. 560, n° 1 (*in fine*) et n° 2.

⁴¹⁷ Com. 22 janv. 2008, Bull. civ. IV, n° 11 ; D. 2008, AJ 348, obs. Lienhard ; JCP E 2008, 1432, n° 7, obs. Cabrillac ; Act. proc. coll. 2008, n° 69, obs. F-X Lucas ; Gaz. Pal. 27-29 avr. 2008, p. 23, obs. Voinot ; LPA 2 juin 2008, note Sortais. V. également, droit français : art. L. 643-9 al. 2 ; droit OHADA art. 173 al. 1 AUPC.

⁴¹⁸ Art. 173 al. 1 AUPC ; V. également en ce sens Issa Sayegh, Présentation de l'Acte Uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives d'apurement du passif, doc. OHADA, p. 22.

⁴¹⁹ Art. 174 al. 1 AUPC : une évolution en droit OHADA, car sous le régime de la sanction antérieure, la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif faisait « recouvrer aux créanciers leur liberté d'action » (anc. art. 174 AUPC).

⁴²⁰ M. Jeantin et P. Le Cannu, Droit commerciale-Entreprises en difficulté, D. 7^e éd., p. 357, n° 506.

⁴²¹ Rép. min. M. Geoffroy, n° 65812, JOAN, 5 juill. 2005, p. 6685. V. également en ce sens F. Pérochon et Ph. Roussel Galle, *op. cit.* p. 561 ; Ph. Roussel Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté-De la théorie à la pratique, Litec 2^e éd., préf. D. Tricot, n° 545.

⁴²² Ph. Roussel Galle, *ibidem*.

(injuste dirions-nous) que les créanciers forclos aient plus de droits que ceux qui ont rempli leur obligation »⁴²³. En ce sens, l'alignement de la situation du créancier forclos sur celle du créancier diligent vise plutôt à empêcher une injustice qu'à en créer une⁴²⁴. La situation de la caution ne sera pas différente car, nonobstant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, les créanciers conservent leur droit de poursuite à l'encontre de la caution, leur créance n'étant pas juridiquement éteinte⁴²⁵.

C. L'hypothèse de la résolution du plan ou du concordat

252. En général, la résolution d'un plan ou du concordat⁴²⁶ non exécuté sans cessation des paiements⁴²⁷ fait recouvrer aux créanciers l'intégralité de leurs créances, déduction faite des sommes déjà perçues⁴²⁸. Cela implique que les créanciers admis dans l'ancienne procédure, y compris les créanciers forclos relevés de forclusion, peuvent à nouveau poursuivre le débiteur et la caution en paiement de leurs créances. Pour les créanciers forclos, rien ne semble s'opposer à ce qu'ils opposent à la caution leurs créances non déclarées et procèdent au recouvrement de celles-ci, car, tout comme les créanciers admis dans l'ancienne procédure, ils peuvent à nouveau se prévaloir de leur droit de créance. La caution sera poursuivie à cette étape de la procédure selon les règles du droit commun du cautionnement.

253. Cependant, il convient d'observer qu'il en va différemment lorsque le jugement de résolution du plan ou du concordat emporte lui-même ouverture d'une nouvelle procédure. Il en va ainsi de la conversion de la procédure de sauvegarde ou de règlement préventif en redressement judiciaire ou de la conversion du redressement judiciaire en liquidation judiciaire, ou en liquidation des biens, lorsque l'entreprise est en cessation des paiements. Dans ces

⁴²³ M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial-Entreprises en difficulté*, D. 7^e éd., n° 506, p. 358.

⁴²⁴ L'idée que le créancier forclos ne peut poursuivre le débiteur en cas de liquidation pour insuffisance d'actif constitue une mesure d'équité non moins importante. En effet, à supposer que l'on permette au créancier forclos de poursuivre le débiteur dans ces circonstances alors même qu'il ne dispose plus de fonds, quand il n'a pas disparu, il est à craindre que ce débiteur ne se retrouve aussitôt soumis à une nouvelle liquidation alors que tel n'est pas le but de la clôture d'une procédure collective.

⁴²⁵ Com. 8 juin 1993, Bull. civ. IV, n° 230; JCP 1993. II, 22174, note Ginestet; Bull. Joly 1993. 911, note M. Jeantin; Defrénois 1994, 577, obs. Sénéchal.

⁴²⁶ TGI Ouagadougou, 24 janv. 2001, jugement n° 90 bis, Ohadata J-04-181.

⁴²⁷ L'inexécution du plan n'est pas systématiquement consécutive à l'état de cessation des paiements du débiteur, mais elle peut intervenir lorsque l'entreprise ne fait pas simplement face aux dividendes du plan.

⁴²⁸ Art. L. 626-27 C. com.

conditions, les créanciers admis à l'ancienne procédure seront admis de plein droit à la nouvelle procédure⁴²⁹, déduction faite des sommes déjà perçues⁴³⁰. Tandis que le créancier forclos dans l'ancienne procédure aura à nouveau la possibilité de déclarer sa créance dans la nouvelle procédure. Dès lors, la situation du créancier forclos dans l'ancienne procédure sera la même que celle d'un créancier antérieur ordinaire qui subit la discipline collective.

⁴²⁹ Art. L. 626-27 al. 6 et art. R. 626-49 C. com.; v. également Com. 4 mai 2017, n° 15-15.390.

⁴³⁰ Cass. avis, 17 sept. 2012, n° 01200007.

CHAPITRE 2. L'EXECUTION PONCTUELLE DE L'OBLIGATION DE PAIEMENT

« Qui a terme ne doit rien »

254. En droit commun, il n'est pas rare que l'échéance d'une obligation soit modifiée par le législateur, par les parties elles-mêmes, ou par le juge. Cette modification peut consister en un report de l'échéance qui permet au débiteur de payer le créancier au-delà de l'échéance convenue. De même qu'elle peut consister en une anticipation de celle-ci. Dans les deux situations, la modification du moment du paiement de l'obligation principale suppose une difficulté, temporaire ou définitive du débiteur, à honorer ponctuellement son obligation, susceptible d'entraîner l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dont une procédure collective.

255. En droit français comme en droit OHADA, celle-ci fait d'ailleurs partie des principales causes de modification de l'échéance de l'obligation du débiteur. En droit français, l'ancien article 1188 du code civil⁴³¹ indiquait que cette échéance sera anticipée lorsque le débiteur a fait faillite ou lorsqu'il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. Si la première cause a été supprimée par l'ordonnance du 10 février 2016⁴³², la seconde demeure⁴³³ sans que la déchéance du terme encouru ne s'étende à la caution⁴³⁴.

256. L'intangibilité de l'échéance de l'obligation de la caution en dépit de la déchéance du terme du débiteur constitue un principe en droit des procédures collectives. L'exigibilité de l'obligation de la caution obéit à l'adage « Qui a terme ne doit rien », lequel est consacré par l'article 1305-2 du code civil⁴³⁵. L'ouverture d'une procédure collective n'entraîne pas la déchéance du terme de

⁴³¹ Anc. art. 1188 C. civ. (devenu art. 1305-4).

⁴³² Ord. n°2016-131.

⁴³³ Ph. Malaury, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1297; B. Grimonprez, De l'exigibilité en droit des contrats, *préf.* C. Ophèle, *op. cit.* n° 269 : la déchéance du terme de l'obligation du débiteur résulte de la modification des garanties de paiement constituées par le débiteur, sur son patrimoine personnel ou celui constitué par les tiers à travers les sûretés données. Pendant des décennies, cette disposition a été appliquée dans la plupart des Etats membres de l'OHADA, qui l'ont hérité de la colonisation.

⁴³⁴ Ph. Malaury, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *ibid.*

⁴³⁵ Art. 1305-2 C. civ. (anc. art. 1186).

la caution et ne l'oblige pas à payer le créancier tant que son obligation n'est pas exigible dans les conditions définies conventionnellement entre les parties au contrat de cautionnement.

257. En outre, cette exigibilité aux conditions initiales de l'engagement de la caution obéit en partie de la règle de l'accessoire dans la mesure où elle suggère de faire profiter à la caution les faveurs du débiteur et non ce qui peut rendre l'exécution de son obligation onéreuse, à moins qu'elle ne le décide⁴³⁶. A cet effet, faut-il observer qu'elle peut facultativement se prévaloir de la prorogation du terme⁴³⁷.

258. Pour autant, s'il est communément admis en droit commun du cautionnement que l'exigibilité de l'obligation de la caution est concomitante à l'exigibilité de l'obligation principale⁴³⁸, cette affirmation est à nuancer en droit des procédures collectives dans lequel la déchéance du terme du débiteur est traditionnellement consécutive à l'ouverture de la procédure. En effet, l'anticipation de l'échéance du débiteur principal n'est plus systématique dans toutes les procédures collectives : elle est abandonnée dans le redressement judiciaire dans lequel la déchéance était automatique⁴³⁹ et n'est pas prise en compte dans la sauvegarde⁴⁴⁰ et le règlement préventif, mais elle est maintenue dans la liquidation judiciaire⁴⁴¹ et dans la liquidation des biens⁴⁴².

259. Dans tous les cas, l'intangibilité de l'échéance conventionnelle de l'obligation de la caution se manifeste par l'absence d'anticipation légale de l'exigibilité de l'obligation de la caution dans le cadre du redressement judiciaire (Section 1). En revanche, lorsque cette anticipation est consécutive à un accord entre le débiteur et le créancier, elle est relativement inefficace à l'encontre de la caution (Section 2).

⁴³⁶ Com. 8 nov. 2011, n° 10-25.064.

⁴³⁷ Com. 9 avr. 2013, n° 12-18019 : la Cour de cassation a jugé que la prorogation du terme ne pouvait être opposée à la caution, sauf manifestation de sa volonté.

⁴³⁸ L'obligation de la caution ne devient exigible que si celle due par le débiteur principal l'est aussi.

⁴³⁹ Art. 56 L. 25 janv. 1985 : « le jugement d'ouverture du redressement judiciaire ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

⁴⁴⁰ Art. L. 622-29 C. com.

⁴⁴¹ Art. L. 643-1 C. com. : le texte indique également que la déchéance du terme consécutive au jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire peut être différée jusqu'à l'adoption du plan. Ce qui favorisera le transfert de la charge des prêts et par conséquent la détermination de l'étendue de l'obligation de la caution.

⁴⁴² Art. 76 AUPC.

Section 1. L'absence d'anticipation légale de l'exigibilité de l'obligation de la caution dans le cadre du redressement judiciaire

260. Traditionnellement, il est admis que, dans les procédures collectives, pour des raisons liées non seulement à la discipline collective⁴⁴³, mais aussi à l'influence du droit des obligations, l'ouverture d'une procédure collective entraîne la déchéance du terme de l'obligation du débiteur principal. Cette déchéance du terme qui est distincte de celle qui résulte de la convention des parties, concernait, avant la loi de 1985, toutes les procédures collectives, c'est-à-dire le règlement judiciaire et la liquidation des biens⁴⁴⁴. Elle était donc systématique dès l'ouverture de la procédure, peu importe que le redressement de l'entreprise soit envisageable ou non.

261. D'ores et déjà, on peut observer que la déchéance légale du terme reposait jadis sur le souci du législateur de faciliter la répartition des dividendes entre tous les créanciers. Cette technique de traitement des créances antérieures avait plus exactement pour but de faciliter le paiement des dividendes par les organes des procédures⁴⁴⁵. Désormais, et ce depuis la loi du 25 janvier 1985⁴⁴⁶, le curseur de la déchéance du terme à l'égard du débiteur a été progressivement déplacé pour une prise en compte de la possibilité pour le débiteur de poursuivre son activité. Autrement dit, l'approche contemporaine de la déchéance du terme, à l'égard du débiteur, dans le cadre des procédures collectives, consiste à déclarer la déchéance du terme à l'ouverture d'une procédure tant que celle-ci ne permet pas de poursuivre son activité.

262. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il n'existe pas un régime homogène de déchéance du terme à toutes les procédures car celles-ci ne sont pas toutes destinées à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté. Il en est ainsi en cas de liquidation judiciaire en droit français ou de la liquidation des biens en droit OHADA. A ce propos, il convient d'observer qu'il existe une distinction, au demeurant discrète, entre ces deux systèmes de droit dans la mesure où

⁴⁴³ Y. Guyon, Droit des affaires, t.2 : Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire-Faillite, Economica 8^e éd., n° 1244 ; E. Le Corre Broly et P.M. Le Corre, Droit du commerce et des affaires- Droit des entreprises en difficulté, Sirey 2006, 2^e éd., n° 307 et 331.

⁴⁴⁴ Anc. art. 37 al.1 L. 13 juill. 1967, préc.; V. également en ce sens Soc. 24 juin 1981, D. 1982, IR. 1, obs. Derrida ; Bull. civ. V, p. 442 (la déchéance du terme s'applique à toutes les dettes et à tous les termes, qu'ils soient conventionnels ou légaux).

⁴⁴⁵ V. en ce sens E. Le Corre Broly et P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 307 et 311.

⁴⁴⁶ Anc. art. 56 L. 25 janv. 1985 (devenu art. L. 622-29 C. com.).

le droit français admet depuis la réforme de 2005 une exception à ce principe de déchéance systématique du terme lorsque la continuité de l'entreprise est envisageable dans la liquidation judiciaire. En revanche, cette exception semble constituée un principe dans les autres procédures nouvelles ou anciennes. Il s'agit notamment du redressement judiciaire dans laquelle la déchéance du terme a été abandonnée et des procédures de sauvegarde et de règlement préventif dans lesquelles le principe de déchéance systématique n'a pas été instauré.

263. Dans ce contexte de mutation du régime du débiteur, il y a lieu de noter que la situation de la caution n'a pas changé depuis des décennies. En effet, comme à ce jour, le législateur n'a jamais envisagé le cas des cautions, par ailleurs la Cour de cassation a opté pour une solution qui n'a pas vraiment varié depuis un arrêt de principe du 5 octobre 1983⁴⁴⁷. Dès lors, sur un plan chronologique, l'analyse de l'évolution de la situation de la caution révèle qu'elle n'était pas alignée sur la situation du débiteur sous l'empire de la loi de 1967⁴⁴⁸. L'exigibilité immédiate de la dette du débiteur principale en faillite n'était pas opposable à la caution, celle-ci bénéficiant du terme conventionnel dans toutes les procédures à moins qu'elle n'ait renoncé à cet avantage lors de son engagement⁴⁴⁹. C'est justement sur le plan contractuel que cette solution trouvait son fondement traditionnel⁴⁵⁰.

264. En outre, on peut paradoxalement noter que la situation du débiteur est *a posteriori* alignée sur celle traditionnelle de la caution. Sous le régime de la loi de 1985⁴⁵¹, on observe que le législateur, en supprimant la déchéance légale du terme dans le redressement judiciaire, ancien règlement judiciaire, a aligné *a priori* la situation du débiteur sur celle de la caution. Depuis la loi de sauvegarde, il a instauré la même solution, dans la procédure éponyme, mais on retiendra *a posteriori* que si l'exigibilité de l'obligation de la caution est alignée sur celle du débiteur

⁴⁴⁷ Com. 5 oct. 1983, Bull. civ. 1983, IV, n° 254 ; V. également en ce sens P. Le Cannu, Entreprises en difficulté, Prévention, redressement et liquidation judiciaires, avant-propos X. De Roux, GNL Joly, coll. pratique des affaires, 1994, n° 724.

⁴⁴⁸ Art. 37 L. 13 juill. 1967, préc.

⁴⁴⁹ V. en ce sens Civ. 1^{ère}, 30 oct. 1984, préc. ; Com. 11 juill. 1988, Bull. civ. 1988, IV, n° 236 ; JCP 1988, IV, 336.

⁴⁵⁰ V. *infra* n° 272.

⁴⁵¹ Art. 56 L. 25 janv. 1985, préc.

principal ⁴⁵², la détermination de la situation de ce dernier est l'œuvre du législateur, tandis que celle de la caution résulte plutôt de l'activité jurisprudentielle.

265. Au regard de ce qui précède, il résulte, en premier lieu, que, contrairement à la solution retenue antérieurement à la loi de 1967⁴⁵³, l'absence d'exigibilité de l'obligation de la caution est favorisée par l'abandon de l'insolvabilité comme cause de déchéance du terme à l'égard du débiteur (Paragraphe 1). En second lieu, à l'inverse, la déchéance légale du terme à l'encontre du débiteur dans la liquidation judiciaire et la liquidation des biens est inopposable à la caution (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. L'abandon de l'insolvabilité comme cause de déchéance systématique du terme à l'égard du débiteur

266. Prévue dans le droit commun⁴⁵⁴ et dans celui des procédures collectives⁴⁵⁵, la déchéance du terme, inhérente à l'ouverture de la procédure collective, se justifie traditionnellement par l'état d'insolvabilité du débiteur. L'ancien article 1188 du code civil faisait de l'insolvabilité, à travers le terme « faillite », une cause de déchéance du terme. Cette hypothèse a été reprise par l'article 37 de la loi de 1967, raison pour laquelle l'exigibilité immédiate recevait une application absolue avant 1985, période durant laquelle la faillite était considérée comme une procédure de paiement des créanciers⁴⁵⁶. Depuis, le droit commun a supprimé la faillite comme condition de la déchéance du terme⁴⁵⁷. Le droit des procédures collectives a réduit la règle à sa plus infime expression notamment en l'abandonnant dans les procédures autres que celle liquidative. Sur ce point, le droit français et le droit OHADA présentent les mêmes caractéristiques dans la procédure de redressement judiciaire et une particularité dans la sauvegarde, une innovation en ce sens que la déchéance ou non n'a exclusivement fait l'objet d'une réglementation que lorsque le débiteur a cessé ses paiements.

⁴⁵² V. en ce sens Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.* n° 178.

⁴⁵³ Art. 37 L. 13 juill. 1967, préc.

⁴⁵⁴ Anc. art. 1188 C. civ. (devenu art. 1305-5).

⁴⁵⁵ Art. L. 643-1 C. com.

⁴⁵⁶ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 37.

⁴⁵⁷ V. en ce sens H. L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil-Obligations*, Montchrestien, 9^e éd. assurée par F. Chabas, n° 1026, p. 1084 et 1785.

267. L'abandon de cette cause de déchéance à l'égard du débiteur implique en droit français et droit OHADA une simultanéité du terme de l'obligation principale et de celle de la caution dans le cadre du redressement judiciaire (A). Néanmoins, le droit français va plus loin et prévoit la même solution dans le cadre de la sauvegarde contrairement au règlement préventif (B). Cette solution applicable dans les deux procédures facilite la continuité de l'entreprise au même titre *mutatis mutandis* que la suspension des poursuites (C).

A. La simultanéité du terme de l'obligation principale et de l'obligation de la caution

268. Une des conséquences de jugement d'ouverture de la procédure collective est qu'il rend traditionnellement exigibles les dettes non échues, mais pour rappel cette exigibilité ne concerne plus que la procédure de liquidation judiciaire et la procédure de liquidation des biens. *A contrario* elle n'intervient pas dans les autres procédures et plus particulièrement dans la procédure de redressement judiciaire. Jusqu'à la loi de 1985, l'ouverture d'un règlement judiciaire devenu redressement judiciaire impliquait la déchéance du terme de l'obligation du débiteur principal. Celui-ci était donc avancé et la question de l'anticipation des poursuites du créancier contre la caution se posait. On se demandait notamment si le créancier allait poursuivre la caution avant le terme initial en application de la règle de l'accessoire.

269. Cette question se pose depuis cette même loi dans d'autres termes dès lors qu'elle abandonne la déchéance du terme dans le redressement judiciaire. Autrement dit, la loi de 1985 a opéré un revirement en maintenant le terme initial de l'obligation du débiteur principal. A partir de ce moment la question n'est plus naturellement de savoir si le créancier pouvait anticiper ses poursuites mais plutôt de savoir si, eu égard au caractère accessoire de l'engagement de la caution, le créancier pouvait poursuivre la caution alors que le débiteur bénéficiait à nouveau du maintien de son terme. La même question se posait dans l'espace OHADA au moment de l'adoption de l'AUPC originel dès lors que le législateur OHADA s'était inspiré des dispositions de l'ancien article 56 du code de commerce français dans sa rédaction issue de la loi de 1985. A ce propos, il y a lieu de noter que le droit français et le droit OHADA adoptent une solution identique consistant à faire bénéficier naturellement la caution de l'absence de déchéance du

terme, de telle sorte qu'il existe une identité entre le sort de l'obligation de la caution et celui de l'obligation du débiteur, pour poursuivre la rhétorique de Monsieur Simler⁴⁵⁸. Le terme de l'obligation de la caution est intimement lié à celui de l'obligation du débiteur dans le cadre du redressement judiciaire.

270. Aussi, l'abandon de la déchéance du terme dans le redressement judiciaire a eu des conséquences sur les procédures préventives notamment la sauvegarde dans laquelle le législateur français indique expressément maintenir le terme initial du débiteur. La situation de la caution ne sera donc pas différente dans celle-ci d'autant plus que la philosophie contemporaine des procédures collectives accorde une place privilégiée à la prévention. Néanmoins, il convient de noter que la consécration de cette solution est diversement perçue en droit français et en droit OHADA des procédures collectives. Raison pour laquelle, il paraît opportun d'examiner distinctement cette solution dans les deux droits pour mieux apprécier leurs particularités et tirer les conséquences qu'elle impose. Dès lors, on examinera successivement l'approche de cette solution en droit français (I) et en droit OHADA (II).

I. L'approche du droit français

271. Jadis, sous le régime de la loi du 13 juillet 1967, la déchéance du terme de l'obligation principale constituait le principe dans toutes les procédures collectives⁴⁵⁹ c'est-à-dire le règlement judiciaire devenu redressement judiciaire et la liquidation des biens devenue liquidation judiciaire. Durant celui-ci, et dans le silence de la loi, la doctrine majoritaire⁴⁶⁰, malgré une controverse éphémère⁴⁶¹ et une jurisprudence constante⁴⁶², estimait que la caution devait

⁴⁵⁸ Ph. Simler, *Traité : Cautionnement-Garanties autonomes-Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, n° 511, p. 535.

⁴⁵⁹ Art. 37 L. 13 juill. 1967, préc.

⁴⁶⁰ C. Lyon-Caen et L. Renault, *Précis de droit commercial*, 5^e éd., 1926, n° 2695 ; M. Bravard et C. Damengeat, *Traité de droit commercial*, t. V, p. 158, note 1 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, A. Durant et L. Hachette et cie, t. XXV, n° 705 ; G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, *Traité théorique de droit civil-Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, Paris, 1899, n° 1014 ; P.A. Sigalas, *Aval de la lettre de change et cautionnement du rapport fondamental*, RTD. Com. 1964, p. 489.

⁴⁶¹ Quelques auteurs minoritaires estimaient en revanche que la déchéance du terme de l'obligation principale était opposable à la caution sur le fondement de la finalité du cautionnement. En d'autres termes, le débiteur étant en faillite cela était la manifestation de sa défaillance, risque que la caution a entendu garantir. V. en ce sens C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Bibl. dr. entr. Litéc, 1979, n° 235 ; G. Marty, P. Raynaud et P. Jestaz, *Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987, n° 591.

⁴⁶² Cass. req., 3 juill. 1890, D. 1891, I, p. 5, note Planiol ; Civ. 1^{ère}, 20 déc. 1976, JCP G 1997, II, 18611, concl. M. l'Avocat Général Gulphe ; Déf. 1977, 31462, n° 26, p. 921, obs. J-L. Aubert.

bénéficiaire du terme contractuel originel. Autrement dit, l'inopposabilité de la déchéance du terme du rapport fondamental à la caution résultait d'une décision prétorienne⁴⁶³ dont le fondement était davantage contractuel que conceptuel, car, *a priori*, elle ne résultait pas du caractère accessoire du cautionnement. En effet, la jurisprudence, pour écarter la déchéance du terme à l'égard de la caution, arguait du fait que, de façon schématique, la caution doit être tenue conformément aux clauses du contrat initial.

272. C'est notamment ce que relève un auteur qui estime que le « cautionnement est un contrat dont les stipulations doivent être respectées, conformément à l'(ancien) article 1134 du code civil »⁴⁶⁴, avant de renchérir en indiquant que rien ne « justifierait qu'elle pâtisse d'une déchéance encourue personnellement par le débiteur garanti ». On y souscrita logiquement sur le plan contractuel, car, au-delà de la caution qui s'est engagée pour répondre de la dette du débiteur à un moment précis, le créancier a également accepté de recevoir le paiement de la caution en cas de défaillance du débiteur et pas avant celle-ci. Logiquement, sur le fondement de la force obligatoire des contrats le créancier ne pouvait contraindre la caution à exécuter son engagement avant l'échéance initialement convenue, à moins que les parties n'en décident autrement. Sur ce point précis, les créanciers ont cherché à contourner cette solution prétorienne en incluant dans leur contrat des clauses de déchéance du terme en cas de faillite du débiteur. Ce qui, faut-il le reconnaître, était astucieux, mais la jurisprudence a décidé que ces clauses n'étaient pas plus valables à l'égard du débiteur qu'à l'égard de la caution⁴⁶⁵.

273. Aussi, à travers cette solution prétorienne, se dégage clairement une certaine indépendance du terme de l'obligation de la caution en cas de variation de l'exigibilité de l'obligation principale. On peut, semble-t-il, considérer, de façon générale, que cette indépendance prévaut tant que la modification de l'exigibilité de la dette principale n'est pas défavorable à la caution.

⁴⁶³ Cass. req., 3 juill. 1890, préc. *supra* note 49; Civ. 1^{ère}, 20 déc. 1976, préc. *supra* note 49; CA Aix, 11 janv. 1899, *Journal des faillites* 1900, p. 22

⁴⁶⁴ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.* n° 184 et 175.

⁴⁶⁵ Com. 14 nov. 1989, *Bull. civ. IV*, n° 285 ; *RTD com.* 1990, p. 494, obs. A. Martin-Serf; *JCP E* 1990, 15832, n° 21, obs. M. Cabrillac ; Com. 2 mars 1993, *D.* 1993, somm. P. 309, obs. L. Aynès; Com. 17 déc. 1996, *RD banc.* 1997, p. 73, obs. M. Contamine-Raynaud.

Raison pour laquelle le législateur admet que la caution peut se prévaloir, facultativement cette fois-ci, de la prorogation du terme de l'obligation principale⁴⁶⁶.

274. Par ailleurs, la loi du 25 janvier 1985, qui a modifié l'article 37 de la loi de 1967, est venue consacrer la solution prétorienne en vigueur sous le régime de la loi de 1967, mettant ainsi un terme à toute forme d'hésitation de la part des praticiens qui ne s'étaient toujours pas faits à l'idée que la caution ne soit pas tenue en fonction du terme initial. En effet, l'article 56 de la loi 1985 a abandonné la déchéance du terme de l'obligation du débiteur dans le cadre du redressement judiciaire. Dès lors, plus rien ne pouvait justifier que la caution ne soit pas tenue aux conditions stipulées dans le contrat. Le débiteur n'étant plus soumis à la déchéance du terme, la caution ne pouvait plus y être soumise elle-même.

275. Cet abandon a eu pour conséquence de faire ressurgir une justification jusque-là moins mise en avant par la doctrine et surtout la jurisprudence antérieure : celle du caractère accessoire du cautionnement. Eu égard à celui-ci, la caution ne peut être plus durement traitée que le débiteur⁴⁶⁷. Elle ne peut donc être déchue du terme initial alors même que le débiteur conserve celui-ci. Rien ne pouvait ainsi justifier la solution antérieure, dans les conditions de la loi de 1967, dès lors que le débiteur et la caution connaissaient des sorts distincts. De plus, les dispositions de l'article 56 de la loi de 1985⁴⁶⁸, non remises en cause par les réformes majeures successives de 1994⁴⁶⁹ et de 2005⁴⁷⁰, permettent de fonder l'absence de déchéance du terme de l'obligation de la caution sur le caractère accessoire de son engagement. Pour reprendre un illustre auteur⁴⁷¹, il est de la nature du cautionnement que le terme de la caution soit identique à celui du débiteur, dès lors qu'il n'a été modifié ni légalement ni conventionnellement⁴⁷².

276. Il existe dans cette approche du droit français, une certaine évolution du fondement de l'absence de déchéance du terme de l'obligation de la caution depuis la loi de 1967 à nos jours.

⁴⁶⁶ Droit français : art. 1213 et 2316 C. civ. ; Pothier, *op. cit.* n° 370 s. ; Droit OHADA : art. 23 al. 3 AUS ; A. Minkoa She, *op. cit.* n° 236 s.

⁴⁶⁷ Art. 2290 C. civ. ; également Com. 9 avr. 2013, n° 12.18019 ; Bull. civ. 2013, IV, n° 56 : la jurisprudence décide *a contrario* que la prorogation du terme ne peut s'appliquer que si elle y consent.

⁴⁶⁸ L. n° 85-98 du 25 janv. 1985, préc.

⁴⁶⁹ L. n° 94-475 du 10 juin 1994, préc.

⁴⁷⁰ L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005, préc.

⁴⁷¹ Pothier, *op. cit.* n° 372.

⁴⁷² La loi de 1985 dispose notamment que la clause de déchéance est réputée non écrite.

Que ce soit dans la sauvegarde ou dans le cadre du redressement judiciaire la caution ne peut être poursuivie qu'au terme initialement convenu entre le débiteur, et le créancier, dès lors qu'il est défaillant. Une approche que partage partiellement le droit OHADA.

II. L'approche du droit OHADA

277. En droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif, l'absence ou non de déchéance du terme n'est évoquée que dans le cadre de la liquidation des biens. Le législateur n'ayant pas jugé utile d'apporter des précisions supplémentaires dans les autres procédures notamment le redressement judiciaire, voire même dans le règlement préventif. Une nuance qui le distingue désormais du droit français. En effet, avant la réforme de l'AUPC de 2015, le droit français et le droit OHADA adoptaient la même position. La caution pouvait se prévaloir du terme initial de son engagement dans le cadre du redressement judiciaire. Tout comme la loi française de 1985, l'AUPC originel de 1998 avait abandonné la règle de la déchéance du terme ou de l'exigibilité immédiate des dettes non échues⁴⁷³ qui était applicable dans la plupart des législations nationales des Etats membres de l'OHADA⁴⁷⁴.

278. Toutefois, bien qu'il ait repris l'architecture de l'article 37 de la loi de 1967, l'article 76 de l'AUPC, dans sa rédaction originelle, consacrait en même temps la déchéance du terme dans la liquidation des biens et son abandon *a contrario* dans le redressement judiciaire. Rétrospectivement, l'absence de déchéance dans le redressement judiciaire n'a jamais été expressément indiquée dans l'AUPC. Elle résultait d'une interprétation de l'article 76. Ceci constituait la première différence à faire entre le droit français sous l'empire de la loi de 1985 et l'AUPC de 1998. Néanmoins, force est de constater que cette différence était moins pertinente, concernant le sort de la caution, en ce sens, que, tout comme en droit français, le sort de la caution n'était pas jadis légalement déterminé. Dans le silence de l'AUPC, sa détermination nécessitait une interprétation de la loi et surtout une considération de l'évolution de la question en droit français.

⁴⁷³ V. en ce sens M.F. Sawadogo, *op. cit.* n° 206, p. 202.

⁴⁷⁴ Droit gabonais : art. 49 L. 7/86 du 4 août 1986 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens, JORG 5 août 1986.

279. Dans ce contexte, bien que le souci du législateur de privilégier les intérêts des créanciers soit encore vivace à cette époque, il était évident que la caution conservait le terme initial de son obligation. A ce propos, les observations précédemment évoquées en droit français sont ici valables, y compris la jurisprudence qui était appliquée. Depuis la récente réforme de l'AUPC, la situation n'a guère évolué. Certes, du point de vue de la forme, l'article 76 a fait peau neuve, le législateur lui ayant retiré un alinéa qui avait sa place ailleurs. Il n'en demeure pas moins qu'elle n'a pas changé la situation de la caution, ni même celle du débiteur.

280. Cependant, on peut observer que le législateur OHADA n'a pas été influencé par les innovations apportées par la loi de sauvegarde de 2005. Ce qui peut susciter à l'égard de l'interprète un sentiment mitigé. Premièrement, du point de vue de la technique législative, on peut regretter que le législateur africain n'ait pas saisi l'opportunité de la réforme de 2015 pour déterminer expressément le sort de la caution, comme il le fait dans le droit commun des sûretés, à défaut de parfaire le processus engagé dans ce nouvel AUPC, afin de déterminer le sort de la caution eu égard aux mesures prises à l'encontre du débiteur. Deuxièmement, il faut observer que contrairement à la procédure de sauvegarde, il n'était pas nécessaire de prévoir une disposition spéciale sur l'absence de déchéance du terme ou non dans le règlement préventif. La question serait sans intérêt dans cette procédure à partir du moment où, rétrospectivement, la déchéance du terme est traditionnellement attachée à la cessation de paiements de l'entreprise en difficulté. Le mérite du législateur est d'avoir résisté à la tentation de suivre la voie empruntée par législateur français.

281. Pour autant, s'il est vrai que la caution n'a pas à subir la déchéance du terme, qui frappe le débiteur, rien ne l'empêche d'accepter une clause de déchéance dans le contrat de cautionnement, eu égard à la liberté contractuelle ⁴⁷⁵ dont jouissent les parties au contrat. Et ce, d'autant plus que, dans la pratique, il n'est pas rare que cette clause lui soit suggérée par le créancier qui y voit un moyen de contourner l'absence de déchéance légale du terme.

⁴⁷⁵ Art. 1102 C. civ. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 449.

B. L'instauration particulière de l'absence de déchéance du terme dans la sauvegarde

282. L'absence de déchéance du terme de l'obligation du débiteur principale est consacrée par l'article L. 622-29⁴⁷⁶ du code de commerce. Au terme de celui-ci, le « jugement d'ouverture ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé ». C'est-à-dire que contrairement à la liquidation judiciaire⁴⁷⁷, les dettes non échues dans le cadre de la sauvegarde ne sont pas exigibles. En conséquence, à la date du prononcé du jugement d'ouverture de la sauvegarde, il ne sera pas permis au créancier de poursuivre le débiteur en paiement d'une créance non encore échue⁴⁷⁸, outre le fait qu'il est soumis à la règle de la suspension des poursuites individuelles des créanciers. Cette solution, dans le cadre spécifique de la sauvegarde, mérite deux principales observations.

283. En premier lieu, elle constitue une innovation dans le cadre des procédures collectives, en ce sens que traditionnellement la question relative à l'éventuelle déchéance du terme envers le débiteur concernait le redressement et la liquidation judiciaires jusqu'à l'adoption de la loi de sauvegarde de 2005. La sauvegarde constitue donc la première procédure préventive à faire l'objet d'une disposition expresse relative à la déchéance du terme de l'obligation principale, mais il est permis de se demander si les solutions et justifications de ce principe, qui ont souvent été évoquées dans le cadre du redressement judiciaire⁴⁷⁹ sont ici envisageables. Autrement dit, la sauvegarde a-t-elle généré des solutions et justifications particulières qui tiendraient notamment au fait qu'il s'agit d'une procédure d'anticipation dans laquelle le débiteur n'a pas cessé ses paiements. A cet égard, il y a lieu de noter qu'aucune nouvelle position doctrinale dominante ou jurisprudentielle particulière n'a émergé de telle sorte que les solutions et positions doctrinales applicables au redressement judiciaire sont également envisageables dans la sauvegarde.

284. S'agissant de la caution, la jurisprudence antérieure à la loi de sauvegarde, traditionnellement applicable au redressement judiciaire, a permis de déterminer l'impact de la déchéance du terme sur l'engagement de la caution. On peut citer en ce sens certains arrêts de la

⁴⁷⁶ Art. L. 622-29 C. com. (anc. Art. L. 621-49).

⁴⁷⁷ Art. L. 643-1 C. com.

⁴⁷⁸ V. en ce sens A. Lienhard, *Procédures collectives*, *op. cit.* n° 78.42.

⁴⁷⁹ A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, *op. cit.* n° 999 ; A. Lienhard, *op. cit.* n° 78.42.

Cour de cassation sous l'empire de la loi de 1985⁴⁸⁰ et de 1994⁴⁸¹. Rien ne semble s'opposer aujourd'hui à ce que les solutions retenues dans ces arrêts s'appliquent à la caution dans le cadre particulier de la sauvegarde⁴⁸².

285. En second lieu, cette innovation constitue une énième mesure qui participe ni plus ni moins de la volonté affichée par le législateur français de rendre la sauvegarde plus attractive. Contrairement à la justification qui est régulièrement évoquée concernant le débiteur⁴⁸³, il faut dire que, pour la caution, l'absence de déchéance du terme dans la sauvegarde répond davantage à ce souci du législateur. Ce dernier ayant mis le dirigeant caution au centre de la réalisation d'un tel objectif ne pouvait logiquement adopter une solution contraire. D'autant plus que dans le cadre du redressement judiciaire il adopte la même solution depuis la loi de 1985.

286. Toutefois, au-delà de cette cohérence législative, c'est davantage l'absence de déchéance à l'égard du débiteur, comme dans le redressement judiciaire, qui justifie le maintien du terme initial à l'égard de la caution. Par conséquent, les observations faites précédemment dans ce cadre sont ici transposables. En tout état de cause, l'identité de terme de l'obligation de la caution et de celle du débiteur dans le cadre de la procédure collective contribue à la sauvegarde de l'entreprise en difficulté.

C. Une solution favorable à la continuité de l'entreprise

287. L'absence de déchéance du terme de l'obligation de la caution, qui résulte autant de la force obligatoire des conventions, nonobstant le fait que la clause de déchéance est réputée non écrite, que de l'article 2290⁴⁸⁴ du code civil qui interdit de traiter plus durement la caution, ne constitue

⁴⁸⁰ Com. 14 nov. 1989, Bull. civ. 1989, IV, n° 285 ; LPA 9 mars 1990, note Bouteiller ; JCP E 1990, I, 19379 et II, 15832, n° 21, obs. Cabrillac ; JCP G 1990, IV, 15, RD bancaire et bourse 1990, 88, obs. Campana et Calendini ; RDT com. 1990, 494, n° 2, obs. Martin-Serf. ; Com. 2 mars 1993, D. 1993, somm. 309, obs. L. Aynès ; Bull. civ. 1993, IV, n° 79 ; JCP E 1993, I, 268, n° 5, obs. Simler et Delebecque ; JCP G 1993, IV, 1157.

⁴⁸¹ Com. 3 janv. 1995, RD banc. et bourse 1995, 153, obs. Campana et Calendini ; JCP E 1995, I, 457, n° 16, obs. M. Cabrillac ; RD banc. et bourse 1995, 115, obs. Contamine-Raymond (hypothèse du cautionnement d'un compte courant).

⁴⁸² Com. 4 nov. 2014, n° 12-95.357 : JurisData n° 2014-026542 ; RD banc. et fin. 2015, comm. 9, obs. D. Legeais.

⁴⁸³ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 759 ; H.L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.* n° 1026.

⁴⁸⁴ Art. 2290 C. civ. (anc. art. 2013).

pas une mesure de bienveillance des Hauts magistrats et indirectement du législateur⁴⁸⁵. A l'évidence, les premiers ont simplement interprété la volonté des seconds à travers les textes de loi en vigueur, autant sous le régime de la loi de 1985, que sous celui de la loi de sauvegarde de 2005. Ceux-ci se caractérisent par la volonté du législateur de mettre en place des mesures pragmatiques dont le facteur commun est l'encouragement au redressement de l'entreprise en difficulté, non sans fragiliser les intérêts des créanciers, et parfois des dirigeants caution dans une moindre mesure.

288. Les nouvelles mesures, plus pratiques dans la loi de sauvegarde, que dans la loi de 1985, mettent en exergue l'intérêt, majeur, de l'entreprise⁴⁸⁶, notamment son redressement par le renforcement de la prévention et un traitement qui se veut plus efficace. Il en est ainsi de l'absence de déchéance du terme dans la sauvegarde, ou de la suppression de la déchéance systématique du terme dès l'ouverture du redressement judiciaire. C'est par exemple en raison de l'intérêt général de l'entreprise que, depuis la loi du 10 juin 1994, la suspension des poursuites a été étendue à la seule caution personne physique du fait de son rôle prépondérant dans l'ouverture précoce de la procédure ; l'ordonnance de 2008 ayant permis l'extension de cette mesure à l'ensemble des garants personne physique⁴⁸⁷. Néanmoins, dans tous les cas, le fondement conceptuel de l'absence de déchéance du terme contre la caution se manifeste différemment selon que la continuité de l'entreprise est envisageable aussi bien dans la procédure de sauvegarde que dans la procédure de redressement judiciaire (I), ou que le débiteur bénéficie d'un plan de cession dans le cadre de la liquidation judiciaire (II).

I. Le cadre de la sauvegarde et du redressement judiciaire

289. Les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire ont pour objectif de sauver l'entreprise en difficulté et par ricochet d'assurer la continuité de son activité économique, afin de préserver les emplois et la paix sociale. L'absence de déchéance du terme contribue à la réalisation de cet objectif

⁴⁸⁵ V. en ce sens M. Cabrillac, *op. cit.* n° 249.

⁴⁸⁶ Ce que nous désignons par intérêt général de la sauvegarde de l'entreprise c'est notamment ce souci permanent du législateur d'édicter des règles parfois contraires au droit commun en vue d'assurer la continuité de l'activité de l'entreprise en difficulté, qu'elle soit en cessation de paiement ou non. C'est donc pour assurer le sauvetage de l'entreprise que de nombreuses mesures sont prises par le législateur, ainsi que nous le verrons ultérieurement.

⁴⁸⁷ P.M. Le Corre, *op. cit.* p. 216 s.

290. En premier lieu, il faut relever le rejet du fondement psychologique⁴⁸⁸ de la déchéance du terme. En effet, il est traditionnellement considéré que la déchéance du terme constitue un obstacle à la mise en place de procédures susceptibles de conduire au maintien de l'activité⁴⁸⁹. Un auteur soutient que la déchéance du terme « se concilie mal avec l'ouverture d'une procédure qui commence par une phase d'observation qui peut déboucher sur la continuation de l'entreprise »⁴⁹⁰. Cette observation part de l'idée selon laquelle la déchéance est avant tout une sanction du débiteur, et qu'elle témoigne de la perte de confiance du créancier en la solvabilité du débiteur⁴⁹¹. Au-delà, bien entendu, du fait que la caution est étrangère à cette situation⁴⁹², il reste que la déchéance du terme implique la fin des relations contractuelles entre le créancier et le débiteur supposé fautif.

291. On peut ainsi supposer la fin d'un contrat important pour la sauvegarde de l'entreprise, ce qui s'accorde mal avec le principe de la continuité des contrats dans les procédures collectives. Or, la mise sous protection judiciaire n'a pas pour but de supprimer les chances du débiteur d'être sauvé, bien au contraire. Par conséquent, l'abandon de la déchéance du terme dès l'ouverture de la procédure maintient cette chance de sauvegarde et permet notamment au dirigeant caution d'envisager sereinement une procédure collective ouverte à l'encontre de « son » entreprise. En ce sens, le maintien du terme de l'obligation principale constitue *mutatis mutandis* un complément à la règle de la suspension des poursuites de façon générale.

292. En second lieu, on observe le rejet d'un autre fondement, cette fois-ci technique, de la déchéance du terme. Le processus de continuité de l'entreprise passant par une évaluation du passif du débiteur, certains auteurs ont avancé l'idée que la déchéance du terme favorisait une évaluation du passif du débiteur en difficulté. Pour ces auteurs, le fait de rendre les créances non échues exigibles au jour du jugement d'ouverture, facilite la tâche des organes de la procédure

⁴⁸⁸ Pothier, *op. cit.* n° 234

⁴⁸⁹ A. Lienhard, *op. cit.* n° 78.42.

⁴⁹⁰ A. Lienhard, *ibidem*.

⁴⁹¹ D. Legeais, *op.cit.* n° 244.

⁴⁹² M. Cabrillac, *Droit des sûretés, op. cit.* n° 247 ; A. Lienhard, *op. cit.* n° 78.42.

compétente pour appréhender le passif. Il serait plus facile d'appréhender un passif uniforme⁴⁹³, qu'un passif comportant plusieurs échéances.

293. Ainsi que le souligne un auteur⁴⁹⁴, la déclaration de créance qui permet d'évaluer le passif du débiteur contient les créances à échoir et la date de leurs échéances⁴⁹⁵. La connaissance du passif du débiteur ne dépend donc pas de l'exigibilité concomitante de toutes les créances. Par conséquent, la déclaration et l'admission des créances permettent la mise en œuvre des règles procédurales de la sauvegarde et du redressement judiciaire. Il faut en déduire qu'elles participent également au maintien de l'activité de l'entreprise, la caution, fondamentalement le dirigeant caution, ayant un rôle essentiel à jouer dans la sauvegarde et le redressement judiciaire. La caution bénéficie du terme initial, parce qu'elle est un acteur majeur du maintien de l'activité du débiteur, par lui-même, ou par l'intermédiaire d'un tiers dans l'hypothèse d'une cession qui en droit français peut intervenir dans le cadre de la liquidation judiciaire.

II. Le cadre de la liquidation judiciaire en droit français

294. Contrairement à l'ouverture des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, l'ouverture d'une liquidation judiciaire ou d'une liquidation des biens a pour conséquence, la déchéance du terme à l'égard du débiteur. Dans ce contexte, il convient de noter, ainsi que l'indique un auteur⁴⁹⁶, que le sort de la caution est différé selon qu'il y a ou non poursuite d'activité. Dans le premier cas, qui nous intéresse particulièrement, la déchéance systématique du terme à l'ouverture de la liquidation est neutralisée par l'éventualité d'une cession partielle ou totale de l'entreprise sur le fondement de l'article L. 643-1 du code de commerce⁴⁹⁷. Autrement dit, l'adoption d'un plan qui en résulterait suspendra la règle de la déchéance du terme à l'égard du débiteur jusqu'au jugement statuant sur la cession⁴⁹⁸. Cette mesure renforce l'idée que la

⁴⁹³ V. en ce sens F.M. Sawadogo, *op. cit.* n° 206.

⁴⁹⁴ A. Lienhard, *op. cit.* n° 78.22.

⁴⁹⁵ A. Lienhard, *ibidem*.

⁴⁹⁶ F. Reille, *op. cit.* n° 810 et 811.

⁴⁹⁷ *Ibidem* ; Il convient toutefois de noter ici l'absence d'une mesure identique en droit OHADA. Certes, l'art. 76 AUPC prévoit une exigibilité immédiate des créances en cas de décision d'ouverture d'une liquidation des biens, il n'en demeure pas moins que cette déchéance du terme est absolue ; L'art. 91 de la loi de 1985 prévoyait quant à lui que le jugement qui arrête le plan de cession totale de l'entreprise donnait lieu à la déchéance du terme, en cela l'idée d'une suspension ou retard de la déchéance du terme n'est pas nouvelle lorsqu'une cession est envisageable.

⁴⁹⁸ V. en ce sens D. Legeais, Droit des sûretés et Garanties du crédit, *op. cit.* n° 1145 (l'auteur évoque le retard de la déchéance du terme, ce qui correspond à l'idée que nous avançons, car un retard de la déchéance n'est rien d'autre,

sauvegarde ou la continuité de l'entreprise commande l'absence de déchéance du terme. En effet, la déchéance du terme entraîne une rupture de contrat. Or, on ne peut dans le même temps mettre fin à des relations contractuelles, qui sont susceptibles de faciliter la sauvegarde et la continuité de l'entreprise, et vouloir réaliser cet objectif, alors que les chances de redressement sont réelles.

295. La solution serait différente dans la seconde situation, comme on le constatera, d'autant plus qu'elle s'accompagne du constat de l'intangibilité du moment de l'exécution de l'obligation de la caution *in bonis* dans la mesure où la déchéance légale du terme, consécutive au jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, lui est opposable.

Paragraphe 2. L'inopposabilité à la caution de l'anticipation légale de l'exigibilité de la dette en cas de liquidation sans plan de cession

296. Si en droit français le législateur va tenter, jusqu'à la fin de la procédure, de sauver le débiteur en difficulté en mettant en place un dispositif juridique favorisant la reprise de son activité par un tiers, le droit OHADA fait preuve de peu de pragmatisme et de modernité. Toute possibilité de poursuivre l'activité ou de sauver l'entreprise est exclue en liquidation des biens. Malgré la récente réforme de l'AUPC, le législateur communautaire n'a pas suivi la voie empruntée par son homologue français. De ce point de vue, il y a lieu de relever que le choix opéré par chacun des deux législateurs est cohérent par rapport à la mission précise affectée à la liquidation. D'un côté, la liquidation des biens en droit OHADA implique un apurement du passif du débiteur et par ricochet le paiement pur et simple des créanciers. Une approche qui rappelle, à bien des égards, celle du droit français des procédures collectives résultant de la loi du 13 juillet 1967. D'un autre côté, la liquidation judiciaire en droit français combine l'apurement du passif et la sauvegarde de l'entreprise, tant que cela est possible.

297. Dans ce contexte, l'étude prend en compte la distinction entre le terme du cautionnement et celui du contrat principal. Le terme de l'obligation de la caution, qui est le terme initial de l'obligation du débiteur, est différent du terme de l'obligation du même débiteur de telle sorte

de façon concrète, qu'une suspension des effets de la règle de la déchéance du terme surtout en présence d'une liquidation judiciaire) ; également, H. Mazeaud, *op.cit.* p. 1085 ; C. Bloud-Rey, *op. cit.* n° 493 (pour l'auteur « la cession partielle n'est pas un cas de déchéance du terme, ce qui est logique. Elle tend en effet à la continuation de la société ». A travers cette affirmation, il y a l'idée que la continuité de l'entreprise ou la pérennité de l'activité constitue un critère d'absence de déchéance du terme).

qu'il n'y a pas application du caractère accessoire du cautionnement. En conséquence, aussi bien en droit français, qu'en droit OHADA, il convient d'examiner l'inopposabilité à la caution de la déchéance légale du terme de l'obligation principale, qui constitue une mesure personnelle au débiteur, dont la caution ne peut subir les effets, sauf à altérer les prévisions des parties au contrat de cautionnement, c'est-à-dire sa finalité (A). L'inopposabilité de la déchéance du terme apparaît alors pour la caution comme un moyen de protection de la finalité du cautionnement (B).

A. La déchéance légale du terme, une mesure propre au débiteur

298. En droit commun du cautionnement, le caractère de ce qui peut être propre au débiteur a l'inconvénient, ou non, selon l'angle d'analyse de chacun, l'avantage d'être inopposable à la caution. D'où tout l'intérêt de la détermination même de la nature de la déchéance légale du terme désormais dans le cadre de la liquidation judiciaire aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Ce qui est propre au débiteur ne peut s'appliquer à la caution, conformément à l'article 2313 alinéa 2 du code civil et à l'article 23 alinéa 4 AUS. D'ores et déjà, il convient de noter que l'intérêt de cette distinction réside dans les effets qu'elle produit à l'égard de la caution. En d'autres termes, ce qui est inhérent à la dette peut être utilisé par la caution à l'encontre du créancier poursuivant. En revanche, ce qui est purement personnel au débiteur ne saurait profiter à la caution.

299. Une telle distinction, assumée en droit français, est plutôt très discrète en droit OHADA qui n'évoque que les exceptions inhérentes à la dette pour échapper sans doute aux critiques légitimes, à notre sens, de la distinction du droit français. Dès lors, il faut entendre par mesure propre au débiteur toute mesure arrêtée à l'égard ou à l'encontre du débiteur et qui ne peut s'étendre à la caution ou qu'elle ne peut opposer au créancier. Autrement dit, une mesure qui ne concerne que le débiteur parce que le législateur l'a ainsi voulu. Or, force est de constater que les droits français et OHADA empruntent des voies différentes pour déterminer le caractère personnel de la déchéance du terme. Cette détermination est effectuée par la jurisprudence, c'est le cas du droit français (I), elle est expresse et résulte des dispositions de l'AUPC, c'est notamment le cas du droit OHADA (II).

I. Une mesure jurisprudentielle en droit français

300. La déchéance du terme, inhérente à la procédure de liquidation judiciaire, trouve son fondement juridique dans l'article L. 643-1 alinéa 1^{er} du code commerce⁴⁹⁹. Celui-ci dispose que « le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues [...] ». Le jugement qui prononce la liquidation judiciaire par conversion du redressement judiciaire⁵⁰⁰ est visé, outre celui qui ouvre la procédure. La déchéance du terme ou l'exigibilité immédiate des créances à terme signifie que le terme initialement convenu entre les parties n'est plus applicable. Le débiteur n'exécutera plus son obligation selon le terme contractuel, mais en considération de la liquidation judiciaire ouverte à son égard. La dégradation de sa solvabilité qui se manifeste par la cessation des paiements implique *a priori* que le créancier n'attende pas ce terme contractuel pour solliciter le paiement immédiat de sa créance. Naturellement, la déchéance du terme constitue une faveur pour le créancier. Au-delà de cet avantage non négligeable, la déchéance du terme liée à l'ouverture d'une liquidation judiciaire apparaît comme une mesure propre au débiteur de telle sorte que, comme une exception purement personnelle au débiteur, elle ne peut s'étendre à la caution. Plusieurs arguments tirés de la doctrine et la jurisprudence permettent de soutenir cette opinion.

301. Le fondement technique de la déchéance du terme réside dans la protection des intérêts de tous les créanciers. L'idée serait celle d'un traitement collectif, de ces derniers. Toutefois, si cela permet de simplifier la procédure d'apurement du passif du débiteur, il n'en demeure pas moins que cette idée est peu reprise de nos jours ainsi que le relève un auteur⁵⁰¹, car l'absence de déchéance du terme ne constitue pas un obstacle à la connaissance rapide du passif du débiteur. En effet, ainsi qu'il sera ultérieurement envisagé, la connaissance du passif du débiteur, notamment à travers la procédure de déclaration des créances antérieures, implique l'indication de l'échéance des dettes du débiteur. Par exemple, le créancier, ou la caution *solvens*, devront

⁴⁹⁹ Anc. art. L. 622-22 . com. (devenu art. L. 643-1 al. 1) et art. 160 al. 1 L. du 25 janv. 1985, préc.

⁵⁰⁰ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1221 s.

⁵⁰¹ M.F. Sawadogo, *op. cit.* n° 206.

déclarer les intérêts à échoir et les modes de calcul⁵⁰², ce qui permettra de mieux évaluer l'étendue du passif du débiteur.

302. En outre, si l'argument du caractère personnel paraissait moins pertinent du fait du silence du législateur à ce propos, il n'en demeure pas moins qu'il est consacré par le juge français. Ce dernier décide dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 8 mars 1994⁵⁰³ que la déchéance du terme résultant du prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur principal, n'avait d'effet qu'à l'égard de celui-ci. Ce caractère personnel de la déchéance du terme a souvent été reconnu par la jurisprudence française. Les chambres civile et commerciale de la Cour de cassation adoptent en ce sens la même position dans d'autres circonstances⁵⁰⁴. Le code civil consacre cette solution. L'article 1305-5⁵⁰⁵ prévoit l'inopposabilité de la déchéance du terme aux coobligés, même solidaires, et aux cautions. Ce même texte, dans sa rédaction antérieure, due à l'ordonnance 10 février 2016, ne visait que les « coobligés, même solidaires », une extension à d'autres garants avait été suggérée⁵⁰⁶. L'inopposabilité de la déchéance du terme constitue donc une préoccupation pour le législateur français que partage bien entendu son homologue africain.

II. Une mesure légale en droit OHADA

303. Contrairement au législateur français, le législateur africain a expressément prévu le caractère personnel de la déchéance du terme dans les procédures collectives. En effet, au terme des dispositions de l'article 76 dans sa rédaction issue de l'AUPC du 10 septembre 2015⁵⁰⁷, la

⁵⁰² A. Jacquemont, R. Vabres et T. Mastrullo, *op. cit.* n°536 s.

⁵⁰³ Com. 8 mars 1994, n° 92-11854 ; Bull. 1994, IV, n° 96, p. 74 ; Quot.jur. 21 avr. 1994, n° 32, p. 4, note P.M. ; V. également en ce sens sous l'ancien droit : Com. 5 oct. 1983, n° 82-10.351, Bull. civ. IV, n° 254 ; Civ. 1^{ère}, 20 déc. 1976, Bull. 1976, I, n° 415, p. 324.

⁵⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 20 déc. 1976, préc. *supra* note 273 : la déchéance du terme encourue par le débiteur principal est rendue inopposable aux codébiteurs, car elle personnelle au débiteur.

⁵⁰⁵ Dans sa rédaction due à la loi n°2018-287 du 20 avril 2018, qui a ratifié l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 relative à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF, n° 0035, 11 fév. 2016, n° 26.

⁵⁰⁶ M. Bourassin, comm. sous art. 1305-5 projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, dir. M. Latina et G. Chantepie, D. 2015 : l'auteur proposait notamment l'extension de cette inopposabilité à tous les garants même solidaires à moins qu'ils y renoncent.

⁵⁰⁷ Notons ici l'apport de l'AUPC du 25 sept. 2015 sur la forme et le contenu de l'art. 76 qui antérieurement, comme actuellement en droit français (art. L. 643-1), contenait deux alinéas qui ne traitaient pas du même sujet comme dans la faillite (art. 37 L. du 13 juillet 1967) et ne s'appliquaient pas totalement aux mêmes procédures. D'un côté, la déchéance du terme qui ne s'applique que dans la liquidation des biens et de l'autre la détermination de la monnaie

« décision d'ouverture ne rend exigibles les dettes non échues qu'en cas de liquidation des biens et à l'égard du débiteur seulement ». En indiquant que la déchéance du terme inhérente à la décision d'ouverture de la liquidation des biens n'intervient qu'« à l'égard du débiteur seulement », le législateur OHADA marque une différence majeure avec le droit français, et consacre l'idée de départ selon laquelle la déchéance du terme est propre au débiteur et à lui seul. Il simplifie ainsi l'application de cette solution, ce qui est nécessaire eu égard à l'absence d'une politique des Etats membres de l'espace OHADA de publication du droit positif. Faire le choix du droit français et donc attendre une solution prétorienne aurait sans doute placé les dirigeants des PME dans l'insécurité juridique, ce qui aurait été contraire aux objectifs définis par le Traité OHADA.

304. Bien qu'elle constitue aujourd'hui presque une innovation, cette précision légale du législateur OHADA est une reprise, voire une amélioration, de l'article 37 de la loi française n° 67-563 du 13 juillet 1967 relative au règlement judiciaire, à la liquidation des biens, à la faillite personnelle et aux banqueroutes. En effet, au terme de l'alinéa 1 de cet article, l'exigibilité anticipée de la dette du débiteur dès l'ouverture de la procédure⁵⁰⁸ n'intervient qu'« à l'égard du débiteur ». Le fait pour le législateur OHADA d'avoir ajouté l'adverbe « seulement », témoigne de sa volonté affichée de réserver l'exclusivité de l'application de la déchéance du terme au seul débiteur⁵⁰⁹.

305. La cohérence voudrait par conséquent que l'on n'étende pas la déchéance du terme à la caution⁵¹⁰, d'autant plus que le droit commun du cautionnement, résultant des dispositions de l'article 23 alinéa 1 AUS originel, indiquait expressément que la caution n'a pas à souffrir de la déchéance du terme qui frappe le débiteur⁵¹¹. Il ne sera pas nécessaire de justifier en droit OHADA le caractère personnel de la déchéance du terme résultant de l'ouverture de la

du règlement des créanciers. Le législateur communautaire africain a estimé qu'il était nécessaire de séparer ces deux alinéas notamment pour restaurer la portée du second qui était textuellement limité à la liquidation des biens, alors que dans la pratique, il s'appliquait également au redressement judiciaire (V. en ce sens Avant-projet d'amendements à l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, doc. De travail, p. 113).

⁵⁰⁸ Antérieurement, la déchéance du terme concernait toutes les procédures c'est-à-dire le règlement judiciaire et la liquidation des biens.

⁵⁰⁹ Le Petit Larousse, éd. Limitée 2011, p. 937.

⁵¹⁰ Com. 8 mars 1994, Bull. civ. IV, n° 96 ; D. 1994, 557, note Bazin ; Com. 17 déc. 1996, RJDA 1997, n° 552.

⁵¹¹ Anc. art. 13 al. 4 AUS (devenu art. 23 al. 1 dans sa rédaction issue de la réforme du droit des sûretés du 15 déc. 2010).

liquidation des biens par un argument technique des procédures collectives. La clarté du droit OHADA sur ce point méritait qu'on s'y attarde. Néanmoins, tel que rédigé, l'article 76 demande une autre précision, car il ne semble s'appliquer que lorsqu'une décision d'ouverture de la liquidation des biens est rendue. Or, la liquidation des biens peut intervenir de deux façons en droit OHADA, comme en droit français d'ailleurs. Soit, par une décision d'ouverture, le seul cas prévu par l'article 76, soit, par une conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens. L'interprète pourrait donc penser qu'il ne s'applique pas dans cette seconde hypothèse.

306. En droit français, le problème s'était déjà posé dans les mêmes termes, sous la loi de 1985, les dispositions de l'article 76 sus indiqué n'étant qu'une reprise de l'ancien article 160 de la loi de 1985, devenu l'article L.643-1 du code de commerce. C'est justement pour tenir compte de cette hypothèse de conversion que le législateur français a, dès la réforme de 1994, modifié les dispositions de l'ancien article 160 dans sa rédaction issue de la loi de 1985. Une réécriture de l'article 76 permettrait d'apporter cette précision.

307. Dans tous les cas, le maintien du terme de l'obligation de la caution, nonobstant la déchéance du terme qui frappe le débiteur, constitue du point de vue du droit des obligations une protection de la volonté des parties. Le créancier et la caution, parties au contrat de cautionnement, ont décidé que la seconde exécutera son obligation à un terme bien déterminé. C'est la raison pour laquelle le créancier devra attendre l'arrivée du ou des termes convenus initialement entre lui et le débiteur ou la caution⁵¹². De même, la volonté des parties sera respectée si la caution consent à une clause de déchéance du terme dans le contrat de cautionnement sans que cela remette vraiment en cause sa finalité, la déchéance légale du terme ne peut la concerner.

B. L'incompatibilité entre la déchéance légale du terme et la finalité du cautionnement

308. La finalité du cautionnement consiste en résumé à payer le créancier lorsque le débiteur ne le peut lui-même aux conditions définies dans le contrat. Peu importe que le cautionnement soit

⁵¹² Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.* n° 175.

solidaire ou non, sa finalité est de constituer, pour reprendre un auteur, un « bouclier contre la défaillance du débiteur »⁵¹³. Néanmoins, cette finalité ne peut s'exercer que lorsque la défaillance du débiteur est manifeste voire constatée. Or, celle-ci s'apprécie généralement au terme convenu entre les parties. C'est ce qui fait notamment la différence entre une garantie à première demande et le cautionnement, car le créancier peut poursuivre le garant, dans la première situation, à tout moment alors même que le débiteur n'est pas défaillant.

309. A l'évidence, les prévisions contractuelles des parties au contrat de cautionnement sont bien différentes des autres sûretés personnelles notamment lorsque le rapport qui lie le créancier au débiteur principal contient un terme suspensif. Le créancier, en l'absence de clause de déchéance, s'attend à recevoir le paiement de sa créance à l'échéance initialement convenue avec le débiteur, aussi bien dans ses rapports avec ce dernier que dans ceux qu'il entretient avec la caution. Cette dernière, quant à elle, ne s'est pas engagée pour être poursuivie en paiement avant le terme contractuel. Il existe ainsi une incompatibilité entre la déchéance du terme et les prévisions contractuelles et économiques de la caution (I) et du créancier⁵¹⁴ (II).

I. L'incompatibilité avec les prévisions de la caution

310. Les prévisions peuvent être définies comme l'ensemble des attentes que peut avoir une partie à la convention, ainsi eu égard à une échéance déterminée, plus ou moins lointaine. Selon que la partie contractante est débitrice ou créancière les prévisions peuvent varier. Partant de cette définition on peut s'interroger sur les prévisions de la caution. Quelles sont-elles ? De quoi s'agit-il en réalité ?

311. Un éminent auteur les résume parfaitement. Il relève que dans ses prévisions la caution « a pu prévoir le risque d'être appelée en paiement à l'échéance et aménager sa trésorerie en conséquence. (...). Une exigibilité anticipée la gêne dans la mesure où elle la prive de l'échelonnement originairement prévu et où elle perturbe sa trésorerie »⁵¹⁵. Autrement dit, les prévisions de la caution portent aussi bien sur son engagement que sur son patrimoine y compris

⁵¹³ A. Provansal, L'exécution contre les cautions, les coobligés et garants autonomes des débiteurs en procédure collective, Gaz. Pal. 12 juill. 2007, n° 193, p. 2.

⁵¹⁴ M. Cabrillac, *op. cit.* n° 243.

⁵¹⁵ M. Cabrillac, *ibidem*.

sa trésorerie et l'exigibilité de son obligation. En effet, la caution est un garant qui s'est engagé unilatéralement à payer au créancier ce que lui doit le débiteur principal à une échéance bien déterminée. Cette garantie reposant sur son patrimoine, elle se doit donc d'être solvable au terme convenu entre les parties au cas où le risque garanti se réaliserait. En l'absence de clause de déchéance, toutes ses prévisions sont focalisées sur l'échéance initiale de telle sorte que l'exigence d'un paiement immédiat du créancier serait de nature à les remettre en cause.

A supposer que son patrimoine, tel qu'existant au moment de l'ouverture de la procédure, ne lui permette pas de payer ses salariés ou ses fournisseurs, l'extension de la déchéance du terme de l'opération principale à son égard l'empêcherait d'honorer efficacement ses obligations de débiteur. Ce qui naturellement serait injuste pour ses autres créanciers et gênerait en conséquence leurs prévisions. La déchéance du terme paraît dès lors incompatible avec ses prévisions financières et sociales.

312. Par ailleurs, il n'est pas exclu que, dans ce contexte, une procédure collective soit ouverte à son encontre, selon le degré de ses difficultés. Certes, d'un côté on règlera, à travers cette solution, la situation du créancier et celle du débiteur principal, mais de l'autre on créera la même difficulté pour la caution cette fois-ci. Et ce, d'autant plus que le patrimoine de celle-ci n'est pas toujours aussi suffisant que celui du débiteur principal pour répondre de sa dette, surtout si cette caution est une personne physique. Ce qui est davantage le cas dans le contexte OHADA.

313. Aussi, il est fréquent que le débiteur ou le dirigeant caution d'une PME mette son patrimoine personnel à contribution pour garantir par exemple un crédit de son entreprise. C'est notamment l'hypothèse du cautionnement hypothécaire ou pour les nostalgiques du droit français le cautionnement réel⁵¹⁶. Toute déchéance du terme dans ce contexte impliquera une saisie immédiate du bien donné en garantie, non sans altérer les conditions sociales du débiteur. Ce qui démontre à nouveau l'incompatibilité de la déchéance du terme avec les prévisions de la caution. Les recours en paiement anticipé du créancier, non consentis par la caution, sont donc de nature à bouleverser ses prévisions tant sociales qu'économiques de la caution. Paradoxalement, l'étude révèle également une incompatibilité de la déchéance du terme avec les prévisions du créancier.

⁵¹⁶ D. Legeais, *op. cit.* n° 78 s.; Ph. Simler, *op. cit.* n° 19 s.

II. L'incompatibilité avec les prévisions du créancier

314. Comme la caution, le créancier a également « organisé sa trésorerie en fonction de la rentrée d'argent qu'il attend à la date convenue avec le débiteur principal »⁵¹⁷. Théoriquement, cela signifie que c'est à partir de cette date seulement qu'il prévoit d'appeler la caution en garantie. L'extension de la déchéance légale à l'égard de la caution serait dès lors contraire à cette prévision. Certes, il ne lui est pas interdit de recevoir ponctuellement un paiement anticipé de la part du débiteur, néanmoins il ne peut l'imposer à la caution c'est la raison pour laquelle le législateur OHADA a notamment subordonné l'hypothèse d'une exigibilité anticipée de la dette principale à l'égard de la caution à l'existence d'une clause de déchéance dans le contrat de cautionnement⁵¹⁸. En principe, le maintien du terme initial ne devrait pas gêner les prévisions du créancier⁵¹⁹ dans ses rapports avec la caution de telle sorte qu'une anticipation légale de l'exigibilité de son obligation est incompatible avec celles-ci.

315. En réalité, la question de l'incompatibilité de l'extension de la déchéance légale du terme à la caution avec les prévisions du créancier consiste à évoquer les attentes contractuelles du créancier vis-à-vis de la caution. Ou plus exactement les attentes que celle-ci a suscitées en lui, dans la mesure où le cautionnement constitue un engagement unilatéral de la caution envers le créancier : l'attente d'un paiement dont le terme diffère selon que l'obligation du débiteur est instantanée ou à exécution successive. Il convient donc d'examiner l'incompatibilité de la déchéance du terme à l'égard de la caution selon que la caution garantit l'exécution d'une obligation instantanée (a), ou qu'elle garantit l'exécution d'une obligation à exécution successive (b).

a. L'hypothèse de la garantie d'exécution d'une obligation instantanée

316. Une obligation instantanée peut se définir comme une obligation qui s'exécute en une prestation unique selon un terme unique. Il n'existe dans ce type d'obligation qu'une échéance. Le créancier ne s'attend pas à recevoir un paiement lié à cette obligation après l'expiration de ce terme lorsqu'il est convenu. De même, ce n'est qu'après l'expiration de celui-ci qu'il pourra

⁵¹⁷ M. Cabrillac, *op. cit.* n° 243.

⁵¹⁸ Art. 23 AUS.

⁵¹⁹ V. en ce sens C. Bloud-Rey, *op. cit.* n° 511.

exiger le paiement de sa créance⁵²⁰ comme très souvent. Autrement dit, eu égard au caractère accessoire de l'engagement de la caution, le créancier ne s'attend pas logiquement à appeler cette dernière en garantie avant le terme accordé au débiteur principal. En outre, il ne peut exercer son droit de contrainte à son égard le jour de l'exigibilité de sa créance car il devrait au préalable lui notifier un commandement de payer. De ce point de vue, l'opposabilité de la déchéance légale du terme, frappant le débiteur principal, à la caution semble incompatible avec les attentes du créancier. Certes, la finalité de garantie du cautionnement implique un paiement de la caution une fois que la défaillance du débiteur est manifeste, il n'en demeure pas moins que celle-ci n'est pas remise en cause. Cela s'explique par le fait que la défaillance du débiteur et l'échéance de la dette constituent toutes les deux les conditions de mise en œuvre du cautionnement lorsqu'un terme a été convenu entre les parties, sa modification ne peut être imposée par l'une d'entre elles sans le consentement de l'autre⁵²¹.

317. D'un tout autre point de vue, si l'on considère la portée du terme, il est généralement admis qu'une relation contractuelle est basée sur la confiance, le terme suspensif accordé au débiteur constitue une des manifestations de cette confiance. Si la déchéance du terme, qui frappe le débiteur principal à l'ouverture d'une liquidation judiciaire ou d'une liquidation des biens, s'analyse comme la perte de cette confiance⁵²², car le créancier a désormais des doutes sur la réalisation de ses attentes⁵²³, celle-ci n'a lieu qu'à l'égard du débiteur principal. La confiance qu'inspirait le bon état des affaires du débiteur et sa solvabilité ont changé, ce qui, jusqu'à preuve du contraire, n'est pas le cas de la caution, cette dernière n'ayant commis aucune faute ou ne présentant pas une situation de nature à justifier une perte de confiance et ses implications. L'ouverture de la procédure à l'encontre du débiteur ne remet pas en cause sa solvabilité. Elle n'a donc pas à subir la perte de confiance du créancier à l'égard du débiteur.

318. Rien ne justifie donc une mise en œuvre précoce du cautionnement. Dès lors ressurgit la question du caractère personnel de la déchéance du terme, telle que précédemment présentée. Si

⁵²⁰ Pothier, *Traité des obligations*, *op. cit.* n° 227.

⁵²¹ Pothier, *op. cit.* n° 370 s.

⁵²² D. Legeais, *op. cit.* n° 244 ; v. également, V. Rouzé, *De la défaillance du terme*, Th. dactyl. Paris, 1904, p. 9 : la perte de confiance se traduit, selon l'auteur, par le fait que le « créancier n'accordera pas de terme à son débiteur s'il n'a pas un grand espoir, une quasi-certitude que l'obligation sera exécutée à l'échéance ».

⁵²³ Par conséquent, à partir du moment où cette confiance a disparu, le terme n'a plus lieu d'exister, la créance devient immédiatement exigible ; en ce sens, Pothier, *op. cit.* n° 234.

le créancier « a organisé sa trésorerie en fonction de la rentrée d'argent qu'il attend à la date convenue avec le débiteur principal »⁵²⁴, ce terme bénéficiera à la caution même solidaire. Dès lors, dans le silence de la loi, une extension de la déchéance légale du terme est contraire à cette attente. Le créancier ne doit donc rien attendre de la caution tant que sa créance n'est pas échue. L'absence de déchéance du terme à l'égard de la caution n'altère pas les prévisions du créancier lorsque l'obligation du débiteur est instantanée.

Peut-on en dire autant lorsque l'obligation du débiteur consiste en une obligation à exécution successive ?

b. L'hypothèse de la garantie d'exécution d'une obligation à exécution successive

319. Une obligation à exécution successive est une obligation qui s'exécute en une ou plusieurs prestations qui se renouvellent et s'échelonnent dans le temps. Le contrat qui lie le créancier au débiteur ne prendra pas fin à la première échéance, le débiteur ne sera libéré que lorsqu'il aura soldé la dernière échéance. Autrement dit, on peut considérer qu'il existe, dans un contrat à exécution successive, un éclatement du terme de l'obligation du débiteur de telle sorte que chaque prestation est exécutée à un terme bien précis d'une époque à l'autre et qui peut se répéter dans le temps. On la retrouve dans la pratique bancaire notamment dans les hypothèses d'octroi du crédit. Par exemple, dans un contrat de prêt à durée déterminée, sous réserve des questions relatives aux bénéficiaires du terme⁵²⁵, le remboursement se fait généralement selon plusieurs échéances préalablement déterminées par les parties lors de la souscription du crédit.

Dans ce type de contrat, les attentes du créancier se répètent à chaque échéance. Pour un remboursement mensuel, le créancier, pour reprendre notre hypothèse de départ, organisera sa trésorerie en fonction du remboursement qui sera fait par son débiteur à chaque échéance convenue. Par exemple, le banquier organisera la restitution à ses propres créanciers en fonction

⁵²⁴ M. Cabrillac, *op. cit.* n° 243.

⁵²⁵ Dans le contrat de prêt, le terme peut être stipulé par les parties soit à la faveur du débiteur, soit à la faveur du créancier, soit encore à la faveur des deux parties, mais lorsqu'il est stipulé en faveur du débiteur, ce dernier peut effectuer de façon systématique un remboursement anticipé (V. en ce sens J.R. Mirbeau-Gauvin, le remboursement anticipé du prêt en droit français, D. 1995, chr. p. 46). Il en est autrement lorsque le terme est stipulé au profit du créancier. Le débiteur ne peut effectuer un règlement anticipé que si le créancier ne s'y oppose pas (V. en ce sens CA Colmar, 7 déc. 1990, RD banc. et bourse n° 29, janv.-fév. 1992.31, obs. Crédot et Gérard).

des sommes d'argent qui seront remboursées par le débiteur principal. La caution ayant une obligation de règlement, mais aussi de couverture à son égard, le créancier attend que cette dernière garantisse les impayés du débiteur, mais aussi la ponctualité.

320. Cependant, la ponctualité que garantit la caution au créancier doit être appréciée, en cas de liquidation judiciaire du débiteur principal, au terme initial. En ce sens, si l'échéancier est anéanti dès l'ouverture de la liquidation judiciaire dans le rapport fondamental, c'est parce que cette procédure suppose une insatisfaction des attentes du créancier par le débiteur. La liquidation judiciaire tend notamment à la réalisation des actifs et à la distribution de produit de celle-ci entre tous les créanciers ayant déclaré leur créance. Cette distribution conduit à la fin de la procédure, laquelle fait courir au créancier, des échéances non échues, le risque de ne jamais être satisfait. Il est donc logique que la déchéance du terme joue en sa faveur dès l'ouverture de cette procédure. En revanche pour ce qui est de la caution, la satisfaction des attentes du créancier n'est pas remise en cause par le maintien de l'échéancier initial. C'est dans ce sens que la Cour de cassation décide de l'absence de la déchéance légale du terme à l'égard de la caution⁵²⁶.

321. Par ailleurs, dans la pratique bancaire, la convention de compte courant qui s'exécute dans le temps, ne réalise les attentes du banquier ou du débiteur qu'à sa clôture, car c'est à ce moment que le solde définitif est arrêté et que la créance devient exigible. La relation de confiance qui existe entre le banquier et son client et la garantie qu'elle sollicite systématiquement sont censés lui apporter satisfaction avec ponctualité. De plus, il y a lieu d'observer que la caution ne garantit pas simplement le paiement de la créance, elle garantit également sa ponctualité. Pour autant, cette ponctualité ne peut s'apprécier sous le prisme de l'ouverture d'une procédure collective à moins que la caution n'ait accepté la clause y afférente. La garantie du paiement ponctuel que la caution est censée apporter au débiteur ne peut constituer un argument suffisant à l'extension de la déchéance du terme du débiteur à son égard.

322. En tout état de cause, l'exigibilité immédiate de la créance principale prévue par le législateur en cas d'ouverture d'une procédure collective a été réduite à son expression la plus logique et compatible avec sa nature. Elle a pour but de sanctionner le débiteur et, dans le même

⁵²⁶ Com. 4 nov. 2014, n° 12-35357.

temps, de mettre définitivement fin à une relation contractuelle, ce qui cadre parfaitement avec la seule procédure dans laquelle elle est envisagée aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Néanmoins, comme le souligne un auteur en droit français, « la caution ne mérite pas la perte de confiance dont fait preuve le créancier vis-à-vis du débiteur »⁵²⁷.

323. De toute évidence, la mise à l'écart de la règle de l'accessoire protège la caution des conséquences néfastes qu'une déchéance du terme, imposée par le législateur, est susceptible de produire à son égard. La règle de l'accessoire ne pouvant protéger la caution dans ce contexte s'efface et permet à celle-ci de s'abriter derrière la protection des règles du droit des obligations notamment sur la force obligatoire des contrats. Pour autant, cette solution n'est pas contraire à la finalité de garantie du cautionnement comme le suggère un auteur⁵²⁸. La caution ne s'engage pas à exécuter l'obligation du débiteur à n'importe quel moment, alors qu'un terme est convenu entre les parties.

324. En outre, l'inopposabilité de la déchéance à son égard ne signifie pas qu'elle est désengagée de son obligation c'est-à-dire qu'elle ne souhaite plus payer la dette principale. Simplement, la solution consacrée est conforme non seulement aux dispositions de l'article 2013 relatives aux applications de la règle de l'accessoire, mais aussi à la volonté des parties. Dans ce sens, le droit des procédures collectives fait preuve d'une certaine cohérence lorsque l'on examine les effets d'une anticipation conventionnelle de l'exigibilité de la dette.

Section 2. L'inefficacité relative de l'anticipation conventionnelle de l'exigibilité de la dette principale à l'encontre de la caution

325. Soucieux de se mettre à l'abri d'un événement imprévisible, mais susceptible de mettre en péril sa créance, le créancier va convenir avec son cocontractant que la survenance de cet événement entraînera la déchéance du terme. Celle-ci aura pour conséquence de rendre exigible la totalité de la somme due par le débiteur, une sorte de garantie supplémentaire pour le

⁵²⁷ C. Bloud-Rey, *op. cit.* n° 501.

⁵²⁸ Ch. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, préf. M. Cabrillac, Litec 1979, n° 235.

créancier⁵²⁹ qui en est le bénéficiaire. La déchéance du terme intervient soit, pour garantir l'inexécution de l'obligation du débiteur principal, soit, pour garantir l'ouverture d'une procédure collective. Il n'est pas rare également que cette clause soit stipulée dans le contrat de cautionnement, de telle sorte, qu'eu égard à l'autorité de la volonté des parties, il soit possible de conclure qu'elle est admise dans le droit des procédures collectives aussi bien vis-à-vis du débiteur que vis-à-vis de la caution.

326. Cependant, la question que l'on se pose est de savoir si le droit dérogatoire des procédures collectives admet leurs effets aussi bien à l'égard du débiteur, notamment lorsque celui-ci et le créancier l'ont envisagé dans leur contrat, qu'à l'égard de la caution, lorsque le contrat de cautionnement le stipule expressément. Autrement dit, que se passe-t-il lorsque dans le contrat de base qui lie le débiteur au créancier, tel qu'un prêt, figure une clause de déchéance du terme et lorsque le contrat de cautionnement stipule qu'une telle clause est opposable ? A cet effet, il y a lieu de noter que le droit des procédures collectives n'apporte pas une réponse homogène à cette interrogation. Il n'existe pas une seule réponse, mais plusieurs selon qu'une procédure de liquidation judiciaire est éventuellement ouverte à l'encontre du débiteur, et selon que la caution l'a consenti au créancier ou non.

327. Par ailleurs, tantôt la solution à cette question sera apportée par le législateur, tantôt la jurisprudence palliera le silence du législateur en ce sens. Pour rester cohérent avec les solutions précédemment étudiées, relatives à l'absence de déchéance du terme à l'égard du débiteur et de la caution, la jurisprudence⁵³⁰ retient à juste titre l'inefficacité de la clause de déchéance du terme à l'égard de la caution du débiteur hors la procédure de la liquidation c'est-à-dire en sauvegarde, règlement préventif ou redressement judiciaire (Paragraphe 1). En revanche, lorsque le débiteur est en liquidation judiciaire, le législateur et la jurisprudence admettent une solution variable selon que la clause de déchéance est contenue ou non dans le contrat de cautionnement. C'est la question de l'efficacité relative de la clause de déchéance du terme contre la caution du débiteur en liquidation (Paragraphe 2).

⁵²⁹ V. en ce sens A.S. Barthez et D. Houtcieff, *Traité de droit civil-Les sûretés personnelles*, LGDJ 2010, n° 779, p. 570.

⁵³⁰ Com. 12 fév. 2012, n° 11-30.077, D. 8 mars 2012, 607.

Paragraphe 1. L'inefficacité de la clause de déchéance du terme contre la caution

328. La clause de déchéance du terme, admise en droit commun, est le fruit de la liberté contractuelle des parties au contrat. Elle est donc valable au même titre que peut l'être une clause pénale ou une clause de style. Néanmoins, sa validité dans le droit des procédures collectives peut être remise en cause si elle est susceptible de porter atteinte à la réalisation des objectifs assignés à certaines procédures. Dès lors, le législateur et le juge français apportent une réponse unanime. Celle-ci consiste dans les deux cas à rendre la clause de déchéance du terme inopérante à l'égard du débiteur notamment depuis la loi de 1985, car cette dernière avait supprimé la déchéance du terme dans le redressement judiciaire⁵³¹.

329. Aussi, comme le souligne un auteur, la clause de déchéance du terme à l'égard du débiteur principal pour cause de survenance d'une procédure collective est réputée non écrite aussi bien dans la sauvegarde que dans le redressement judiciaire⁵³². La même conclusion peut être tirée en droit OHADA dans le cadre de la procédure de règlement préventif. Néanmoins, la question de l'impact d'une telle clause sur l'engagement de la caution se pose en des termes classiques : eu égard au caractère accessoire de son engagement, la caution peut-elle se prévaloir de l'inefficacité de la clause de déchéance ?

330. A cette question, seule la jurisprudence française a pu apporter une réponse compatible avec le caractère accessoire de l'engagement de la caution. Dès lors, la clause de déchéance insérée dans le contrat principal, loi des parties (créancier et débiteur) est réputée non écrite pour la caution comme pour le débiteur et donc inefficace notamment en cas de sauvegarde et de redressement judiciaire (A). Il en est de même de celle insérée dans le contrat de cautionnement⁵³³ (B).

⁵³¹ V. en ce sens P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 642.321, p. 1883 ; A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 780, p. 571.

⁵³² P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 642.321.

⁵³³ *contra* Civ. 1^{ère}, 18 fév. 2003, n° 00-12. 771 ; adde, Civ. 1^{ère}, 30 oct. 1984, n° 82-14.062.

A. La clause de déchéance du terme, insérée dans le contrat principal, en cas de sauvegarde et de redressement judiciaire

331. L'hypothèse ici examinée est celle dans laquelle le débiteur principal et son créancier ont prévu une clause de déchéance du terme dans leur contrat. Cette hypothèse est notamment celle que l'on rencontre généralement dans l'acte de prêt. S'agissant de la situation du débiteur, le droit commun admet la validité d'une telle clause, les parties étant libres de prévoir dans leur contrat les clauses qui leur conviennent⁵³⁴. Néanmoins, depuis la loi de 1985⁵³⁵, le droit français des entreprises en difficulté adopte une position différente dans le cadre du redressement judiciaire et de la procédure de sauvegarde. Cela résulte des dispositions de l'article L. 622-29 du code de commerce⁵³⁶, sans que l'impact de cette solution sur le sort de la caution ne soit expressément déterminé. Ce mutisme du législateur français a ainsi généré une controverse doctrinale que la jurisprudence a fini par tarir. Elle décide en effet que toute clause de déchéance du terme affectant l'obligation principale est inopposable à la caution⁵³⁷. Celle-ci s'étant engagé pour une durée déterminée, c'est logiquement au terme prévu qu'elle peut être poursuivie en paiement de la dette principale⁵³⁸, après une mise en demeure effectuée par le créancier.

332. Cette solution traditionnelle, qui existait déjà sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985⁵³⁹, se recommande de la théorie de l'accessoire du cautionnement en ce sens que la situation de la caution épouse celle du débiteur. La clause de déchéance étant réputée non écrite pour le débiteur, le créancier n'a pas davantage à l'opposer à la caution, de surcroît, si elle n'est pas stipulée dans le contrat de cautionnement, sous réserve de la solution retenue en cas de liquidation judiciaire du débiteur⁵⁴⁰. En d'autres termes, la clause de déchéance insérée dans le contrat principal, convenu entre le créancier et le débiteur, n'est pas sanctionnée par une nullité, ainsi que l'indique à juste

⁵³⁴ Ph. Malaury, L. Aynès, Ph ; Stoffel-Munck, *op. cit.* 451 s.

⁵³⁵ Art. 56 L. 25 janv. 1985, préc.

⁵³⁶ Com. 12 fév. 2012, n° 11-30.077, D. 8 mars 2012, 607 ; D. 27 sept. 2012, n° 33, pan. 2196 (« la procédure de redressement judiciaire ne rend pas exigibles les créances non échues à la date de son prononcé (...) toute clause liant directement ou indirectement la déchéance du terme d'une créance à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire est réputée non écrite »).

⁵³⁷ Civ.1^{ère}, 20 déc. 1976, Bull. civ., I, n° 415 ; JCP G 1977, II, 1861, concl. Gulphe ; D. 1977, art. 31462, obs. Aubert.

⁵³⁸ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 656.

⁵³⁹ F. Guerchon, *Pratique du cautionnement et autres sûretés*, éd. Delmas, 1^{ère} éd., n° 1109, p. 172.

⁵⁴⁰ V. en ce sens M.J. Campana et J.M. Calendini, RD. banc. et bourse juill.-août 1994, act., p. 186, n° 4.

titre un auteur,⁵⁴¹ mais plutôt par une inexistence rétroactive c'est-à-dire que la clause est considérée comme n'ayant jamais existé entre les parties en l'occurrence dans le rapport triangulaire créancier, débiteur et caution. Par conséquent, la clause de déchéance du terme pourra être retirée du contrat principal, mais elle ne pourra pas entraîner sa nullité⁵⁴².

333. Il faut convenir que le caractère accessoire du cautionnement n'est pas, en l'occurrence, remis en cause tant qu'une procédure de liquidation judiciaire n'a pas été ouverte à l'encontre du débiteur. De même, sa finalité n'est pas altérée à partir du moment où la caution n'a pas en réalité manqué à son obligation à l'égard du créancier et que par ailleurs toute ouverture d'une procédure collective n'est pas toujours synonyme d'une défaillance avérée du débiteur. Quant à la défaillance du débiteur, il semble que cet argument est dépassé, parce qu'il ne correspond pas à la réalité des procédures collectives contemporaines, lesquelles peuvent être ouvertes alors même que le débiteur est encore en mesure d'honorer ses engagements (cas de la sauvegarde notamment, ouverte sans cessation des paiements).

334. En outre, la philosophie contemporaine des procédures ne consiste plus dans la sanction systématique du débiteur et dans son extension indirecte aux dirigeants garants, mais davantage dans le sauvetage de l'entreprise. Or, celle-ci implique de prendre les mesures qui rendront les procédures collectives attractives notamment pour le dirigeant caution, ce qui ne serait pas le cas s'il devait souffrir d'une clause de déchéance voulue par le débiteur.

335. Par ailleurs, quand bien même le débiteur serait défaillant, la caution alors s'engage certes à payer le créancier, mais elle subordonne cet engagement à l'échéance de la créance. Ces deux conditions sont liées et indissociables. Si l'on fait jouer la finalité du cautionnement, en sacrifiant le terme convenu entre les parties, on bafoue les fondements mêmes du cautionnement en faisant finalement de lui une garantie non plus accessoire, mais autonome. En ce sens, le créancier pourra poursuivre la caution alors même que sa créance n'est pas encore exigible à l'égard du débiteur. Néanmoins, l'existence d'une clause de déchéance du terme n'est pas seulement

⁵⁴¹ D. Caramali, Entreprises en difficulté : la question de la validité des clauses de remboursement anticipé, LPA 23 mars 2009, doct. p. 3.

⁵⁴² La différence entre une clause nulle et une clause réputée non écrite réside justement dans les conséquences qu'elles peuvent avoir sur la validité du contrat dans lequel elles sont insérées. Ainsi, une clause sanctionnée par une nullité, car *contra legem*, peut entraîner la nullité du contrat qui la contient. C'est notamment le cas de certaines clauses interdites lors de la formation du bail d'habitation.

convenue entre le débiteur et le créancier. La caution peut également la consentir au créancier avec des effets contractuels qui peuvent surprendre.

B. La clause de déchéance du terme, insérée dans le contrat de cautionnement, en cas de sauvegarde et de redressement judiciaire

336. La clause de déchéance du terme peut résulter du contrat principal⁵⁴³ ou du contrat de cautionnement, de telle sorte que sur le plan contractuel une telle clause engagerait la caution notamment dans la seconde hypothèse. Les conventions ainsi que les clauses qu'elles contiennent tenant lieu de loi à ceux qui les ont faites⁵⁴⁴, en principe la clause de déchéance du terme attachée à l'ouverture d'une procédure collective ou à la défaillance du débiteur insérée dans le cautionnement engage la caution.

337. La doctrine est généralement divisée lorsqu'il s'agit de déterminer le sort de la caution, jadis dans le redressement judiciaire, et désormais dans la sauvegarde, lorsque le contrat de cautionnement contient une clause de déchéance du terme⁵⁴⁵. A ce propos, il faut distinguer la thèse de l'efficacité immédiate du cautionnement, et celle de l'invalidité de la clause de déchéance du terme insérée dans le contrat de cautionnement. S'agissant de la première thèse, certains auteurs estiment que la caution doit honorer son engagement dans les conditions prévues dans le contrat de cautionnement sur le fondement de l'article 1103 du code civil. Ce qui implique le respect des clauses qu'il contient, dont celle de la déchéance du terme. Au soutien de cette thèse les auteurs invoquent d'une part, l'absence d'incidence de l'exécution de l'engagement de la caution sur l'adoption d'un plan de redressement, ceci pour répondre à une certaine doctrine qui estime que la déchéance du terme à l'égard du débiteur ne favorise pas l'adoption d'un plan⁵⁴⁶.

⁵⁴³ Civ.1^{ère}, 30 oct. 1984, Bull. civ. I, n° 290 ; Com. 11 juill.1988, Bull. civ. IV, n° 236.

⁵⁴⁴ Art. 1103 C. civ (anc. 1134) dans sa rédaction issue de l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 ; également, en ce sens, Ph. Kaigl, L'article 1134 du code civil est mort, vive l'article 1134, LPA 27 mai 2016.

⁵⁴⁵ V. en ce sens, la présentation intéressante de la controverse par les auteurs suivants : D. Legeais, *op. cit.* n° 244 ; E. Bazin, *comm. sous com.* 20 juin 1995, D. 1996, p. 428, n° 6 ; N. Picod, *op. cit.* n° 130, p. 119.

⁵⁴⁶ V. en ce sens M.J. Campana, Le cautionnement et l'entreprise en difficulté, Gaz. Pal. 1986, 2, doct. p. 717 ; F. Derrida, P. Godé et J.P. Sortais, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, D. 3^e éd. 1991, n° 541 ; G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, t. 2, par M. Germain et Ph. Delebecque, LGDJ, 16^e éd. 2000, n° 2968.

338. De plus, ils avancent que, non seulement, l'ouverture de la procédure collective est la manifestation de la défaillance du débiteur qui implique par conséquent la mise en œuvre du cautionnement⁵⁴⁷, mais aussi que les parties sont libres d'aménager leur contrat sans que cela soit contraire à l'article 2290 du code civil (anc. art. 2013)⁵⁴⁸. Pour être complet sur ce courant doctrinal, soulignons qu'une certaine jurisprudence y a été sensible. En ce sens, dans plusieurs arrêts de plusieurs cours d'appel françaises, il a été décidé que la clause de déchéance stipulée dans le contrat de cautionnement était valable à l'égard de la caution notamment dans le cadre du redressement judiciaire⁵⁴⁹.

339. Pour la seconde, en résumé, des auteurs estiment au contraire que la clause de déchéance du terme à l'égard de la caution est simplement inefficace aussi bien en cas de redressement judiciaire que, désormais, en cas de sauvegarde⁵⁵⁰. En conséquence, si traditionnellement c'est sur le fondement du caractère accessoire du cautionnement que ces auteurs construisaient leur théorie⁵⁵¹, il semble qu'un autre fondement soit apparu depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde. En effet, le nouveau fondement repose, ainsi que l'indique un auteur, sur le caractère d'ordre public de l'article L. 622-29 du code de commerce⁵⁵² qui consacre la sanction de la clause de déchéance du terme dans le cadre de la sauvegarde.

340. Pourtant, comme souvent en cas de mutisme de la loi, la jurisprudence a une énième fois précisé une situation incertaine de la caution. En effet, elle décide traditionnellement que la clause de déchéance insérée dans le contrat de cautionnement est aussi réputée non écrite⁵⁵³ que celle prévue dans le contrat principal, mais absente du contrat de cautionnement. En d'autres termes, durant la période d'observation des procédures de sauvegarde et de redressement

⁵⁴⁷ M.J. Campana, *op. cit.* p. 717.

⁵⁴⁸ V. en ce sens J.J Daigre, JCP E 1992, n° 44, p. 29, suppl. n° 6.

⁵⁴⁹ CA Bordeaux 7 mai 1987, D. 1987, Somm. p. 450, note L. Aynès ; Gaz. Pal. 1987, 2, jur. p. 739, note Campana ; Banque 1987, p. 723, obs. Rives-Lange ; CA Bordeaux, 5 avr. 1990, Juris-Data, n° 042519 ; CA Paris, 7 juin 1990, Juris-Data, n° 023604.

⁵⁵⁰ V. en ce sens C. Saint-Alary-Houin, *op.cit.* n° 763. Rapp. L611-16 C.com.

⁵⁵¹ Doctrine antérieure à la loi de sauvegarde : B. Soinne, Le cautionnement et la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires, ALD 1985, comm. spéc. p. 100 ; Ph. Simler, JCP E, 1993, I, n° 268, n° 5 ; E. Brocard, La place du cautionnement dans les procédures de règlement du passif et du redressement du débiteur. Essai sur la nature accessoire du cautionnement, thèse Reims 1996, s. dir. H. Le Nabasque, *spéc.* 415 et s., p. 216.

⁵⁵² V. en ce sens C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 763 ; N. Picod, *op. cit.* n° 130.

⁵⁵³ Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, Bull. civ. 1995, I, n° 51 ; Rev. proc. coll. 1995, 321, obs. Kerckhove ; JCP G 1995, I, 3851, n° 6, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; JCP E 1995, I, 457, n° 18, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; Com. 19 déc. 2000, n° 98-10.091, Juris-Data n° 2000-007661, inédit ; Act. proc. coll. 2001/4, n° 49.

judiciaire, le créancier ne pourra se prévaloir de la clause de déchéance du terme à l'encontre de la caution. Etant donné le nouveau rôle désormais conféré au garant, notamment au dirigeant-caution dans la prévention des difficultés et le redressement de l'entreprise en difficulté, cette solution renforce le double objectif poursuivi par la règle de la suspension des poursuites⁵⁵⁴. Il est donc logique de ne pas faire jouer la clause de déchéance du terme à l'encontre de la caution, quand bien même serait-elle insérée dans le contrat de cautionnement.

341. Cependant, il convient de distinguer deux situations dans l'hypothèse de l'adoption d'un plan. Durant la période de leur exécution, toute exigibilité anticipée est exclue, car un plan a d'abord pour but de proroger l'exigibilité de la dette principale. C'est notamment cette nouvelle exigibilité qui prévaudra. Il serait illogique que le créancier consente un délai de paiement au débiteur et se prévale ensuite d'une clause de déchéance du terme à l'encontre de la caution qui bénéficie des délais du plan dans la sauvegarde. En outre, durant l'exécution du plan de continuation, bien qu'elle ne bénéficie pas des délais qui y sont consentis, la caution ne pourra être poursuivie que si le terme initial de la dette principale est échu et si naturellement la défaillance du débiteur principal est constatée.

342. En tout état de cause, il existe une identité entre le terme de l'obligation principale et celui de l'obligation de la caution dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Il y a là une application de la théorie de l'accessoire qui, textuellement, trouve son fondement dans le principe de l'absence de déchéance du terme. Néanmoins, dans l'esprit des textes qui régissent le droit contemporain des procédures collectives, l'extension de l'absence d'exigibilité anticipée est étendue à la caution sur le fondement de l'intérêt de l'entreprise.

Paragraphe 2. L'efficacité relative de la clause de déchéance du terme contre la caution du débiteur en liquidation judiciaire

343. Comme l'intitulé l'indique la clause de déchéance du terme peut être efficace ou non vis-à-vis de la caution, sans distinction, dans le cadre de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens. Ce qui constitue une solution différente de celle retenue en cas de déchéance légale du

⁵⁵⁴ Celle-ci consiste à favoriser, non seulement, une ouverture précoce de la procédure, mais aussi à mettre en place un plan de sauvetage de l'entreprise.

terme. La clause de déchéance met en évidence la primauté de la volonté des parties, de telle sorte qu'en cas de liquidation judiciaire ou de liquidation des biens, la partie qui a accepté une clause de déchéance pour cause de procédures collectives doit honorer son engagement conformément aux dispositions de l'article 1103⁵⁵⁵. Naturellement, la partie qui n'a pas pris le soin d'insérer une clause de déchéance du terme dans le contrat ne pourra pas l'opposer à l'autre. Le créancier devra dans ce cas attendre l'arrivée du terme initial pour exiger le paiement de sa créance.

344. Cependant, appliqué au cautionnement, cela signifie qu'à défaut de clause contraire dans ce contrat, la déchéance du terme, prévue dans la relation contractuelle de base ne s'étend pas à la caution. Il apparaît ainsi que la clause de déchéance du terme insérée dans le contrat principal est inopérante (A), tandis que celle convenue dans le contrat de cautionnement est valable et produit tous ses effets à l'égard de la caution (B).

A. La clause inopérante de déchéance du terme, insérée dans le contrat principal en cas de liquidation judiciaire ou de liquidation des biens

345. Si la déchéance légale, qui résulte de l'ouverture de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens, ou de son ouverture par conversion du redressement judiciaire, est inopposable à la caution, la déchéance conventionnelle ne l'est pas davantage. La meilleure illustration de cette affirmation se rencontre dans l'hypothèse où le créancier et le débiteur principal ont stipulé dans leur convention une clause de déchéance du terme en cas de défaillance du débiteur de façon générale et de liquidation judiciaire de manière plus particulière. Cette clause qui est généralement stipulée dans les contrats bancaires peut par exemple prévoir dans le contrat de financement qu'en cas de défaillance du débiteur dans les remboursements, le prêteur pourrait exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus et non payés jusqu'à la date de règlement effectif des sommes restant dues, lesquelles produisent des intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt.

⁵⁵⁵ Anc. art. 1134 du C. civ. (devenu, art. 1103).

346. Dans cette hypothèse, la question est de savoir si cette déchéance du terme peut s'étendre à la caution du débiteur à l'encontre duquel une liquidation judiciaire ou une liquidation des biens a été ouverte. Dans la mesure où le législateur a lui-même prévu qu'en cas de liquidation judiciaire il y aurait déchéance du terme à l'égard du débiteur, une telle clause ne semble pas pertinente dans le cadre précis de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens. Elle n'aura du sens que s'il est prévu, dans le contrat de crédit, qu'elle sera étendue à la caution d'autant plus que le législateur attribue un caractère personnel à la déchéance légale du terme à l'encontre du débiteur en liquidation judiciaire⁵⁵⁶. En pareil cas, deux lectures s'imposent :

347. En premier lieu, certains auteurs⁵⁵⁷ ont soutenu qu'une telle clause s'imposerait à la caution à partir du moment où la finalité de son engagement consiste à pallier la défaillance du débiteur. Or, la liquidation judiciaire en est une parfaite manifestation⁵⁵⁸. Il serait par conséquent logique de l'appeler en garantie. En revanche, demander à la caution d'effectuer le paiement d'une créance non échue ne relève pas de la finalité de son engagement au sens précédemment précisé⁵⁵⁹, car, faut-il l'observer, l'échéance du terme déclenche le processus de recouvrement de la créance du créancier poursuivant.

348. Pour autant, la clause de déchéance du terme, contenue dans le contrat principal, est inopérante à l'égard de la caution⁵⁶⁰ qui reste tenue comme initialement convenu⁵⁶¹. C'est là toute la différence entre le cautionnement et notamment la garantie à première demande qui peut être mise en œuvre à n'importe quel moment choisi par le créancier, sans qu'une clause de déchéance

⁵⁵⁶ Art. 76 AUPC ; Art. 1305-5 C. civ.; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 763.

⁵⁵⁷ Ripert et Roblot, t. 2, 1990, *op. cit.* n° 2968.

⁵⁵⁸ L'entreprise à l'encontre de laquelle une procédure de liquidation judiciaire ou de liquidation des biens est ouverte a cessé ses paiements, mais elle est aussi défaillante au sens même des articles 2288 C. civ. et 13 alinéa 1 AUS.

⁵⁵⁹ V. *supra* n° 49 s. : c'est en principe au jour du paiement que l'on peut constater la défaillance du débiteur, laquelle déclenche la mise en œuvre du cautionnement. Il ne paraît pas inexact de convenir que la finalité du cautionnement s'opère chronologiquement à partir du terme convenu et de la défaillance constatée du débiteur.

⁵⁶⁰ Civ. 1ère, 24 janv. 1995, JCP E 1995, I. 457, n° 18, obs. M. Cabrillac et Ph. Petel ; RD banc. et bourse 1995, n° 117, MJ. Campana et Calendini ; JCP E 1996, II, 807, note S. Piedelièvre ; Com. 20 juin 1995, Bull. civ. IV, n° 184 ; JCP E 1996, II, 807, note S. Piedelièvre ; RD banc. et bourse 1996, 426, note Bazin.

⁵⁶¹ Com. 11 juill. 1988, Bull. civ. IV, n° 236 ; Com. 14 nov. 1989, Bull. civ. IV, n° 285; LPA 9 mars 1990, note Bouteiller; JCP E 1990, I. 19379 et II, 15832, n° 21, obs. M. Cabrillac ; RD banc. et bourse 1990, n° 88, obs. M.J. Campana et Calendini ; RTD com. 1990, 494, n° 2, obs. A. Martin-Serf ; Com. 2mars 1993, D. 1993, somm. 309, obs. L. Aynès ; Bull. civ. IV, n° 79 ; JCP E 1993, I, 268, n° 5, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque; Com. 8 mars 1994, n° 92-11854, Bull. civ. IV, n° 96.

du terme n'ait été convenue avec le débiteur⁵⁶². A moins de redéfinir la nature du cautionnement, il ne semble pas objectif de soutenir l'extension de la déchéance du terme encourue par le débiteur à la caution en cas de liquidation judiciaire ou de liquidation des biens de celui-ci.

349. En second lieu, de la même manière que la caution ne peut être engagée à des conditions plus onéreuses que celles valant pour l'engagement du débiteur, de la même manière on comprendrait mal qu'elle puisse subir les nouvelles exigences du contrat principal auxquelles elle n'a pas souscrit, bien que le débiteur soit défaillant. A défaut d'un consentement exprès⁵⁶³, la caution ne peut se voir imposer la clause de déchéance du terme à l'encontre du débiteur dans le cadre de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens comme en droit commun⁵⁶⁴. En ce sens, la jurisprudence applicable en cas de redressement judiciaire et les arguments y afférents trouvent ici une nouvelle vie. Néanmoins, si la clause de déchéance du rapport fondamental ne peut jouer à l'égard de la caution dans la liquidation judiciaire ou la liquidation des biens comme dans le redressement judiciaire, force est de constater que la solution est différente lorsque la caution et le créancier l'ont stipulé dans le contrat de cautionnement. La volonté des parties est bien prise en compte dans le droit des procédures collectives si l'on en doutait encore.

B. La validité controversée de la clause de déchéance insérée dans le contrat de cautionnement

350. La présence d'une clause autonome dans le contrat de cautionnement n'est pas impossible. Dans une telle hypothèse, la caution devrait, sur le fondement des dispositions de l'article 1103 du code civil, honorer son engagement indépendamment de l'existence d'une clause de déchéance dans le contrat principal. C'est notamment cette solution « civiliste » que certains auteurs avaient suggérée sur le fondement, à tort, peut-on dire, de la finalité du cautionnement⁵⁶⁵.

⁵⁶² Concernant l'avaliste, la clause de déchéance du terme à l'encontre du débiteur principal est subie par le donneur d'aval. Etant engagé solidairement avec le débiteur, il devra payer les effets de commerce non échus. Cette solution marque également la particularité du terme de l'obligation de la caution inhérente à la nature du cautionnement.

⁵⁶³ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1297.

⁵⁶⁴ Art. 1305-5 C. civ.

⁵⁶⁵ M. Cabrillac et C. Mouly, *Droit des sûretés*, n° 210-1 ; M.-J. Campana, « Le cautionnement et l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.* 1986, 2, doct., p. 217 ; F. Derrida, P. Godé et J.P. Sortais, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, *op.cit.* n° 541 ; V. également en ce sens Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, D. 6° éd., n° 178 ; P. Le Cannu, *Entreprises en difficulté*, GNL Joly, n° 724.

D'autres, ont suggéré une solution contraire eu égard à la règle de l'accessoire en ce sens que la caution ne peut être plus durement traitée que le débiteur principal⁵⁶⁶.

351. Ce fondement est relatif. Il n'est pas recevable dans la liquidation judiciaire dès lors que la décision d'ouverture de celle-ci entraîne automatiquement la déchéance du terme à l'égard du débiteur principal. Également, il trouve parfaitement sa place dans le cadre du redressement judiciaire et de la sauvegarde, car dans ces dernières procédures le jugement d'ouverture n'entraîne plus la déchéance du terme⁵⁶⁷. La plupart des auteurs n'ont justement pas tiré les conséquences de la présence d'une telle clause dans le cautionnement dans le cadre d'une liquidation judiciaire ou d'une liquidation des biens. La solution jurisprudentielle à laquelle ces auteurs se réfèrent pour paralyser les effets de cette clause sur la caution, concerne, là aussi, la procédure de redressement judiciaire⁵⁶⁸ à laquelle on peut désormais ajouter la sauvegarde, car le débiteur principal ne fait pas l'objet d'une déchéance légale du terme. Même si un auteur a estimé que la suspension des poursuites contre les cautions personne physique apportait déjà une solution partielle⁵⁶⁹ à la question qui nous occupe, il n'en demeure pas moins que le fondement envisagé par cet auteur ne convainc pas.

352. Plusieurs éléments d'analyse de la doctrine et de la jurisprudence permettent de retenir une solution contraire. D'abord, si l'on se concentre sur l'Arrêt majeur qui invalide la clause de déchéance du terme, celui-ci ne concerne que la procédure de redressement judiciaire comme indiqué précédemment⁵⁷⁰, et non la liquidation judiciaire. En effet, cet arrêt décide que « la déchéance du terme, qui n'est pas encourue par le débiteur principal en redressement judiciaire ne pouvait, eu égard au caractère accessoire du cautionnement⁵⁷¹, être invoquée contre la caution, et

⁵⁶⁶ B. Soinne, Le cautionnement et la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires, ALD 1985, p. 99 ; V. C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 763 (sur la controverse doctrinale).

⁵⁶⁷ V. en ce sens M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.* n° 249.

⁵⁶⁸ M. Cabrillac et C. Mouly, *ibid* ; B. Grimonprez, *op. cit.* n° 293 (les auteurs citent notamment l'arrêt : Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, n° 92-21.436 ; Bull. civ. I, n° 51 ; RJDA avr. 1995, n° 487 ; Rev. proc. coll. 1995, 321, obs. Kerckove ; JCP G 1995, I, 3841 ; JCP E 1995, I, 457, n° 18, obs. ou JCP E 1996, I, 807, note Piedelievre ; Com. 20 juin 1995, n° 93-13.523, RJDA déc. 1995, n° 1447 ; D. 1996, p. 426, note E. Bazin, JCP G 1995, I, 3889, n° 10, obs. Ph. Delebecque et Ph. Simler).

⁵⁶⁹ B. Grimonprez, *op. cit.* n° 293.

⁵⁷⁰ V. *supra* n° 331.

⁵⁷¹ Art. 2290 C. civ. (anc. art. 2013).

que, dès lors, la clause litigieuse contraire devrait être réputée non écrite »⁵⁷². La procédure visée est le redressement judiciaire, dont l'ouverture n'entraîne plus la déchéance du terme depuis la loi de 1985. Une situation totalement contraire à celle que l'on peut rencontrer dans la liquidation judiciaire. On ne peut donc pas s'appuyer sur cet arrêt pour invalider la clause de déchéance insérée de façon autonome dans le cautionnement en cas de liquidation judiciaire. Ensuite, on ne peut s'appuyer davantage sur les dispositions de l'article 2290 du code civil pour des raisons précédemment aussi évoquées⁵⁷³.

353. Cependant, et à l'inverse, dans le prolongement des solutions fondées sur la volonté des parties, il faut convenir de la validité de la clause de déchéance insérée dans le cautionnement, quand bien même elle serait absente dans le contrat principal en cas de liquidation judiciaire. Cette validité ne résultera pas de l'opposabilité de la déchéance légale inhérente à l'ouverture de la procédure, ou même de l'extension à la caution d'une mesure que nous avons déjà qualifiée de mesure propre au débiteur. Pour rester cohérent, il y a lieu d'observer que la caution a certes, pour reprendre un auteur⁵⁷⁴, consenti pour s'engager à une époque déterminée et éloignée, il reste qu'elle a prévu, en acceptant la clause de déchéance du terme, l'hypothèse d'une anticipation de l'exigibilité de son obligation. Elle ne pourra donc pas faire comme si cette éventualité ne faisait pas partie de ses prévisions⁵⁷⁵.

354. Par ailleurs, dans le silence de la loi, on parvient à la même solution si l'on considère certaines solutions jurisprudentielles qui ont notamment tendance à valider, de façon générale, la clause de déchéance contenue dans le cautionnement⁵⁷⁶. En effet, à partir du moment où les chambres civiles et commerciales de la Cour de cassation retiennent, sur le fondement de la force obligatoire du contrat, que la caution est admise à s'engager, à répondre de la déchéance du débiteur⁵⁷⁷, et que par ailleurs, elles n'hésitent pas à soumettre la caution à la déchéance du terme

⁵⁷² Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1995, préc. *supra* n°341 ; Com. 20 juin 1995, préc. *supra* n° 341 ; V. également, F. Lefebvre, Cautionnement de dettes professionnelles, *op. cit.* n° 7470 et 8608.

⁵⁷³ V. *supra* n° 323 et 324.

⁵⁷⁴ M. Planiol, note in Cass. req., 3 juill. 1890, D. 1891, I, p. 5 ; V. également B. Grimonprez, *op. cit.* n° 303.

⁵⁷⁵ L. Aynès, Rapport introductif, in Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique (Actes du colloque du 22 octobre 2009), RDC 2010, n° 1 s.

⁵⁷⁶ Com. 8 mars 1994, D. 1994, jur. P. 557 ; JCP 1994, I, n° 3781, obs. Billiau ; RD banc. et bourse 1994, p. 186, obs. M.-J. Campana.

⁵⁷⁷ Com. 8 mars 1994, D. 1994, p. 557, note E. Bazin ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 1984, Bull. civ. I, n° 290, JCP G 1985, IV, 12 ; Com. 11 juill. 1988, Bull. civ. IV, n° 236 ; Gaz. Pal. 1989, I, p. 375, note E. M. Bey.

encourue par le débiteur lorsqu'elle l'a acceptée à mi-mots, peu important le contenu de la clause⁵⁷⁸, on pourrait parvenir à cette solution.

355. Ce faisceau concordant de paramètres permet à l'interprète d'envisager la validité de la clause de déchéance du terme insérée dans le cautionnement dans le cadre d'une liquidation judiciaire ou d'une liquidation des biens du débiteur principal. Dès lors, que leurs poursuites contre la caution ne sont pas suspendues, les créanciers auront plutôt intérêt à insérer dans le contrat de cautionnement de telles clauses. Raisons sans doute pour laquelle ces clauses sont courantes dans la pratique des contrats bancaires.

356. Cependant, en droit français, la jurisprudence⁵⁷⁹, et une partie de la doctrine⁵⁸⁰, semblent nuancer cette solution lorsque la clause de déchéance est insérée dans le contrat de cautionnement, alors même qu'elle n'existe pas dans le rapport fondamental contre le débiteur. L'idée est de rendre une telle clause inopérante lorsqu'elle ne résulte pas d'une déchéance de terme contre le débiteur. Pour certains, cette solution trouve son fondement dans le caractère d'ordre public de l'article L. 622-29 du code de commerce qui interdit la clause de déchéance du terme contre le débiteur. Cette disposition « empêche de stipuler une clause de déchéance du terme concernant la seule caution »⁵⁸¹. Autrement dit, elle ne peut figurer dans le cautionnement que si cet avantage a été accordé au créancier dans le contrat principal. Pour d'autres, à l'inverse, l'article L. 622-29 n'interdit pas l'existence d'une telle clause, dès lors qu'« elle ne vise pas l'exigibilité de la créance contre le débiteur principal »⁵⁸². Elle trouverait son fondement dans la théorie de l'accessoire et notamment dans le caractère d'ordre public du principe selon lequel la caution ne peut être traitée *in duriorum causam*.

⁵⁷⁸ Com. 11 juill. 1988, préc. *supra* n° 313 et 321.

⁵⁷⁹ Com. 17 déc. 1996, RD banc. 1997, p. 73, obs. M. Contamine-Raynaud.

⁵⁸⁰ C. Saint-Alary-Houin, *op.cit.* p. 496 ; M. Jeantin, P. Le Cannu, *op. cit.* n° 407 ; B. Soinne, Le cautionnement et la loi du 25 janvier 1985, ALD 1985, p. 99.

⁵⁸¹ C. Saint-Alary-Houin, *ibid.*

⁵⁸² M. Jeantin, P. Le Cannu, *op. cit.* n° 407.

TITRE 2. LA VOLONTE DE SOUSTRAIRE LA CAUTION PERSONNE PHYSIQUE AUX POURSUITES DES CREANCIERS

357. Une entreprise à l'encontre de laquelle une procédure collective est ouverte est, selon le législateur communautaire européen, dans l'incapacité, « avec ses ressources propres ou avec les fonds que sont prêts à lui apporter ses propriétaires/actionnaires ou ses créanciers, d'enrayer les pertes qui la conduisent, en l'absence d'une intervention extérieure des pouvoirs publics, vers une mort économique quasi certaine à court ou moyen terme »⁵⁸³. La philosophie contemporaine du droit des procédures collectives n'étant plus de clouer le failli au pilori, mais plutôt de favoriser sa restructuration, celle-ci pourra consister en un apport partiel d'actif pour une société en difficulté ou en une aide publique sous forme de remise de dette. Néanmoins, ces mécanismes propres au redressement de l'entreprise en difficulté se conçoivent mal avec les poursuites en paiement des créanciers, car elles sont susceptibles d'accélérer la dégradation de la situation financière et économique de l'entreprise considérée. De même, elles pourraient, si de nouvelles modalités de règlement de son passif sont mises en place, remettre en cause leur bonne exécution.

358. Si en droit commun, le recouvrement de la créance du créancier est légitime, en droit des procédures collectives son opportunité est mitigée⁵⁸⁴. La paralysie de fait ou de droit des poursuites en paiement des créanciers constitue en revanche une mesure caractéristique du droit des procédures collectives. Mesure pragmatique, la neutralisation des poursuites des créanciers permettrait non seulement de favoriser l'identification des solutions susceptibles d'assurer le redressement de l'entreprise en difficulté, mais aussi l'exécution sereine de celles-ci.

359. Dans la première situation, il y a lieu de noter que le droit des procédures collectives définit un cadre exclusif de paralysie des poursuites des créanciers antérieurs, y compris ceux non privilégiés, afin de favoriser la mise en place de solutions pour appréhender et traiter les difficultés du débiteur : le jugement d'ouverture ouvre une période durant laquelle le débiteur et

⁵⁸³ Art. 9 des lignes directrices communautaires concernant les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, JOUE 1^{er} oct. 2004.

⁵⁸⁴ C. Saint-Alary-Houin et Ph. Blaquier-Cirelli, Le paiement en procédure collective, in L'entreprise face à l'impayé, Montchrestiens, n° 1.

ses créanciers ou principaux créanciers⁵⁸⁵ vont négocier les nouvelles modalités de paiement de ses dettes dans l'optique d'assurer son redressement. Dans la seconde, le plan ou le concordat regroupe les solutions retenues pour le redressement du débiteur et le paiement optimal de ses créanciers. Nonobstant le silence des législateurs français et OHADA, l'arrêt des poursuites prévues à l'article L. 622-21 du code de commerce et l'article 9 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif s'étend de fait à l'exécution du plan ou du concordat à travers ses effets. Le créancier qui consent des délais de paiement au débiteur ne peut par la suite le poursuivre en paiement. Logiquement, il ne peut prétendre à un paiement avant l'échéance du nouveau terme. Son droit de contrainte est de fait suspendu.

360. Toutefois, si on peut penser que la paralysie du droit de contrainte du créancier antérieur est injuste pour ce dernier car il ne peut exercer un de ses droits substantiels, il n'en demeure pas moins que l'arrêt des poursuites n'éteint pas ce droit, il diffère le moment du recouvrement de sa créance. En d'autres termes, le débiteur, principal bénéficiaire de la règle de l'arrêt des poursuites, obtient *de facto* un sursis dans l'exécution de ses obligations. Cette règle étant d'ordre public, la procédure sera déclarée irrecevable et le juge relèvera d'office⁵⁸⁶ la fin de non-recevoir⁵⁸⁷ naturellement en faveur du débiteur principal.

361. Par ailleurs, cette règle cardinale du droit des procédures collectives étant universelle, elle s'applique aussi bien en droit français qu'en droit OHADA depuis des décennies. Et, malgré les dernières réformes dans les deux systèmes juridiques, cette mesure de traitement des difficultés des entreprises n'a pas changé à l'égard du débiteur.

362. Dans ce double processus, la caution devra exécuter son obligation sans tenir compte de l'arrêt des poursuites des créanciers contre le débiteur. Cette exécution devra se faire dans les conditions initialement convenues en ce qui concerne notamment le montant et l'échéance. Ce

⁵⁸⁵ Il en est généralement ainsi dans le cadre de la conciliation : la suspension des poursuites des créanciers ne concerne pas tous les créanciers. Seuls les plus importants et notamment ceux indiqués aux organes de la procédure par le débiteur pourront être interdits de poursuivre le débiteur. Cela permet, entre autres, de préserver la confidentialité de la procédure.

⁵⁸⁶ Obligation pour le juge de relever de sa propre initiative un moyen de pur droit (par opposition au moyen de fait) non évoqué par l'une des parties à la procédure.

⁵⁸⁷ Art. 122 s. CPC : moyen de défense par lequel le plaideur, sans engager le débat sur le fond, soutient que son adversaire est irrecevable à agir en justice à cause de l'existence d'un vice de procédure, par exemple lorsque son adversaire a initié une procédure au mépris de la prescription des délais requis pour la cause.

principe commun au droit français et au droit OHADA des procédures collectives signifie que la caution ne peut en principe se prévaloir de cette règle de l'arrêt des poursuites contre le débiteur.

Le créancier dont le débiteur est en procédure collective doit donc s'attendre à ce que son pouvoir de contrainte contre le débiteur soit paralysé de l'ouverture de la procédure à son dénouement. Seuls les créanciers prudents, ayant garanti leur créance, pourront exercer leur pouvoir de contrainte contre les garants notamment contre la caution en application du principe de l'indifférence de l'obligation de paiement de la caution qui consacre la prépondérance de la finalité du cautionnement.

363. Pour autant, ce principe n'est pas absolu et le législateur français, récemment suivi par son homologue OHADA, atténue ce principe en permettant à certaines cautions de s'y soustraire dans certaines procédures⁵⁸⁸. En d'autres termes, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA depuis l'AUPC de 2015, eu égard à la règle de l'accessoire, la caution personne physique profite de la même protection que le débiteur de l'ouverture de la procédure à son dénouement et au-delà sous certaines conditions.

364. Jusqu'à l'adoption du nouvel AUPC en septembre 2015 et son entrée en vigueur le 24 décembre de la même année, le droit OHADA était fondamentalement opposé au droit français sur cette question. En effet, il ne permettait à la caution personne physique, encore moins à la caution personne morale, de se soustraire aux poursuites des créanciers aussi bien dans le règlement préventif que dans le redressement judiciaire, dérogeant ainsi à la règle de l'accessoire. Néanmoins, à la différence de la question de l'incidence de la paralysie des poursuites des créanciers contre le débiteur dès l'ouverture de la procédure sur la caution, laquelle n'était pas expressément réglée, le législateur OHADA avait adopté une position claire sur la question de l'incidence des délais dans le cadre du concordat. Il conviendra donc d'examiner dans le cadre spécifique du droit OHADA les raisons de son rapprochement du droit français, et par ricochet les raisons de la suppression de la solution antérieure.

⁵⁸⁸ En droit français, c'est notamment le cas de la procédure de sauvegarde (art. L.622-28 al. 2 C. com.) ; En droit OHADA, c'est le cas de la procédure de règlement préventif (art. 9 al.5 et du redressement judiciaire (art. 75-1 al. 1 AUPC).

CHAPITRE 1. LA NEUTRALISATION DES POURSUITES CONTRE LA CAUTION PERSONNE PHYSIQUE

366. Evoquer les actions en paiement des créanciers dans les procédures collectives peut paraître relever du paradoxe tant l'ouverture d'une procédure entraîne leur arrêt. L'arrêt des poursuites des créanciers antérieurs, y compris les créanciers non privilégiés, est une règle traditionnelle des procédures collectives que l'on retrouve dans tous les systèmes juridiques. Présente en droit français comme en droit OHADA, elle permet de donner un temps de répit au débiteur en le mettant à l'abri des poursuites des créanciers au moment où il a besoin de leur patience pour assurer son redressement. Les créanciers qui y sont soumis sont traités collectivement dans un souci d'équité de nature à annihiler les initiatives individuelles de recouvrement de créances, dont le succès se traduirait par « le prix de la course »⁵⁸⁹. Aucun créancier, excepté ceux mentionnés à l'article L. 622-17 du code de commerce, ne devrait être payé avant les autres, ni préféré aux autres par le débiteur.

367. Sous le régime antérieur à la loi du 10 juin 1994⁵⁹⁰, la caution semblait quant à elle soumise aux actions des créanciers vigilants de sorte qu'elle était, dans le silence de la loi, plus durement traitée que le débiteur. Ni les dispositions de l'article 35 alinéa 1 de la loi du 13 juillet 1967⁵⁹¹, ni celles de l'article 47 de la loi du 25 janvier 1985⁵⁹² ne permettaient à la caution poursuivie de se prévaloir de l'arrêt des poursuites des créanciers contre le débiteur dès l'ouverture de la procédure. Il existe en réalité le principe des poursuites immédiates des créanciers contre la caution dès l'ouverture de la procédure, sous réserve de l'exigibilité de son obligation. Le créancier qui ne peut exercer son droit de contrainte contre le débiteur, et dont le paiement de la

⁵⁸⁹ V. en ce sens P. M. Le Corre, *op. cit.* n° 621-9.

⁵⁹⁰ L. 10 juin 1994, préc.

⁵⁹¹ L. 13 juill. 1967, art. 35 : « Le jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens suspend toute poursuite individuelle tant sur les immeubles que sur les meubles, de la part des créanciers dont les créances nées avant le jugement constatant la cessation des paiements ne sont pas garanties par un privilège spécial, un nantissement ou une hypothèque sur lesdits biens ».

⁵⁹² L. 25 janv. 1985, art. 47 : « Le jugement suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement audit jugement et tendant : - à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; - à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Il arrête ou interdit également toute voie d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles. Les délais impartis à peine de déchéance ou de résolution des droits sont en conséquence suspendus ».

créance est garanti par le cautionnement, peut poursuivre la caution dans le respect des clauses du contrat.

368. Si à la lecture du texte, ce principe s'applique durant la période d'observation, il faut observer qu'il s'étend à l'exécution du plan ou du concordat dans la mesure où la caution ne peut se prévaloir des délais qui en résultent⁵⁹³. Les délais accordés au débiteur ayant pour effet de faire patienter le créancier, ils suspendent de *facto* les poursuites des créanciers et les reportent à la nouvelle date d'exigibilité en cas de (nouvelle) défaillance du débiteur⁵⁹⁴. Autrement dit, l'ouverture de la procédure collective ouvre donc une période de suspension des poursuites des créanciers contre le débiteur qui s'étend jusqu'à l'exécution du plan ou du concordat tant que ces derniers sont bien exécutés par le débiteur et qu'il n'a pas cessé ses paiements⁵⁹⁵.

369. Cependant, l'article 55 alinéa 2 de la loi du 10 juin 1994 est venu relativiser ce principe de poursuite immédiate des créanciers contre la caution dès l'ouverture de la procédure. Faisant une application du caractère accessoire, cet article disposait que « le jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation toute action contre les cautions personnelles personnes physiques ». La caution personne physique est soustraite au principe des poursuites immédiates des créanciers dès l'ouverture de la procédure, car elle peut désormais opposer au créancier la règle de la suspension des poursuites durant la période d'observation. L'ordonnance de 2008 a généralisé à l'ensemble des garants personnes physiques l'opposabilité de la suspension des poursuites des créanciers⁵⁹⁶,

370. La loi de 2005 a innové dans l'extension de l'opposabilité durant l'exécution du plan de sauvegarde dans la mesure où la même caution peut se prévaloir des dispositions du plan et donc des délais et remises de dette consentis au débiteur⁵⁹⁷. La caution personne physique est visée largement⁵⁹⁸. Depuis 2008, tous les autres garants, personne physique, sont visés. Il en va

⁵⁹³ F. Lefebvre, *op. cit.* n° 7500 s.

⁵⁹⁴ Il en est ainsi en cas de résolution du plan pour inexécution du plan sans cessation des paiements du débiteur.

⁵⁹⁵ Dans ce cas, l'ancienne procédure peut être convertie en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire ou liquidation des biens. Ce qui ne permet pas au créancier de retrouver son droit de contrainte contre le débiteur.

⁵⁹⁶ Art. L. 622-28 al. 2 C. com.

⁵⁹⁷ C. com. Art. L 626-11; V. F. Lefebvre, *op. cit.* n° 7505.

⁵⁹⁸ Nous faisons notamment allusion à la situation de la caution réelle. Bien qu'elle n'existe plus sous cette appellation en droit français il n'en demeure pas moins que le droit OHADA l'a conservée. V. en ce sens Brou Kouakou, Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire, Penant n° 856, p. 273 et s.; Ohadata D-06-53. Nous faisons également allusion à la situation des autres cautions personnes physiques qu'elles soient solidaires ou simples.

différemment en redressement judiciaire⁵⁹⁹. En réalité, l'idée qui sous-tend cette solution réside dans la volonté du législateur de réduire la réticence des dirigeants caution à faire un dépôt précoce de bilan, au demeurant nécessaire à l'ouverture de la procédure et par ricochet à un traitement optimal des difficultés de l'entreprise.

371. C'est notamment ce principe qui a été récemment repris par le législateur de l'OHADA dans le nouvel acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 septembre 2015⁶⁰⁰. En même temps, il a accordé à la caution africaine un avantage égal à celui dont bénéficient les cautions françaises et dont l'objectif est de favoriser l'anticipation des difficultés de l'entreprise. A ce titre, bien que la neutralisation des poursuites des créanciers contre la caution personne physique n'entraîne pas l'extinction de la créance, elle constitue néanmoins un sacrifice pour le créancier qui va à l'encontre de l'intérêt que le droit OHADA en général et l'AUPC en particulier lui accorde. On peut donc se demander si, au plan économique et financier, cette mesure n'aura pas d'influence directe ou indirecte sur l'octroi de crédit, ce qui préoccupe les investisseurs africains. On peut par exemple imaginer un renforcement des conditions d'octroi du crédit pour les personnes physiques.

372. Cependant, il serait intéressant de voir comment le droit français et le droit OHADA articulent la règle de la suspension des poursuites pour l'adapter à leurs objectifs respectifs distincts. Le droit français privilégie la sauvegarde de l'entreprise, alors que le droit OHADA porte plus d'intérêt à l'apurement du passif et donc au paiement des créanciers. Notre objectif consistera à montrer que bien que le droit OHADA se rapproche du droit français, il existe encore des nuances entre ces deux systèmes de droit.

373. A la lumière de ce qui précède, il convient d'indiquer que si la caution personne physique est protégée, en droit français comme en droit OHADA, des actions du créancier en exécution du cautionnement (Section 1), le dispositif défavorable au créancier est encadré par le législateur (Section 2).

⁵⁹⁹ Art. L. 631-20 C. com.

⁶⁰⁰ AUPC 10 sept. 2015, préc.

Section 1. La protection de la caution personne physique contre les actions en exécution du cautionnement

374. L'exigibilité de la dette principale suggère les recours du créancier contre la caution⁶⁰¹; cette dernière ne peut être poursuivie tant que le créancier ne peut pas poursuivre le débiteur⁶⁰². Eu égard au caractère accessoire de l'engagement de la caution, cela signifie que les poursuites contre celle-ci ne peuvent avoir lieu que si le créancier peut les réaliser contre le débiteur. Inversement, elles ne peuvent avoir lieu si le créancier ne peut poursuivre le débiteur. Cette logique est partiellement consacrée en droit des procédures collectives en ce sens que le créancier ne peut poursuivre la caution personne physique en paiement au même titre que le débiteur principal durant la période d'observation conformément aux dispositions de l'article L. 622-28 alinéa 2 du code de commerce et de l'article 9 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

375. En droit français, ces dispositions suggèrent la soustraction de la caution personne physique des poursuites en paiement du créancier durant la période d'observation des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, mais aussi lorsqu'une procédure de liquidation judiciaire est ouverte à l'encontre du débiteur. Ou encore dans le cadre de celles-ci, ne pouvant distinguer là où la loi ne distingue pas, lorsqu'un plan de cession⁶⁰³ y est envisageable dans les conditions définies par l'article L. 642-5 et suivants du code de commerce et de l'article L. 642-17 du même code.

376. En droit OHADA, si la même volonté d'épargner la caution personne physique des poursuites du créancier durant la procédure y est affichée, le législateur africain s'y prend différemment. L'énoncé de la règle dans les procédures de règlement préventif et de redressement judiciaire est hétéroclite⁶⁰⁴. Il en est de même de la période d'application de la règle dans les mêmes procédures non sans ambiguïté : pour déterminer avec exactitude la période

⁶⁰¹ Civ. 1^{ère}, 29 avr. 1997, Defrénois 1997, 1426, note L. Aynès.

⁶⁰² V. également J.B. Seube, *op.cit.* n° 93 ; Civ. 1^{ère}, 29 avr. 1997, Defrénois 1997, 1426, note L. Aynès.

⁶⁰³ L'article L. 622-28 alinéa 2 C. com. ne fait aucune distinction entre le plan de sauvegarde, de continuation et de cession lorsqu'il indique que le « jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ». Il ne semble pas exclure la suspension des poursuites jusqu'au jugement arrêtant le plan de cession dans les différentes procédures en application de l'article L. 642-5 C. com.

⁶⁰⁴ Art. 9 al. 1 et 5 AUPC et art. 75-1 AUPC.

d'application de la suspension des poursuites contre la caution personne physique durant le règlement préventif, la combinaison des articles 9, 13 et 14, voir 15, est nécessaire⁶⁰⁵.

377. Dans tous les cas, il est loin le temps où la caution ne pouvait ni se prévaloir de la règle de la suspension des poursuites, ni d'une règle ayant les mêmes effets et adaptée à la nature de son obligation⁶⁰⁶ de paiement et de couverture. Certes, cette situation est toujours la même pour la caution personne morale, il n'en demeure pas moins que le législateur français et son homologue OHADA manifestent leur volonté depuis les réformes successive de 1994⁶⁰⁷, 2005⁶⁰⁸ et 2015⁶⁰⁹ de soustraire exceptionnellement la caution personne physique aux poursuites des créanciers. Ils consacrent depuis l'opposabilité de la règle de la suspension provisoires des poursuites des créanciers par la seule caution personne physique. Néanmoins, si l'approche de cette nouvelle solution d'opposabilité de la règle de la suspension des poursuites en droit français et en droit OHADA est nuancée d'un système à l'autre (Paragraphe 2), elle révèle, contrairement à l'application de la même règle au débiteur⁶¹⁰, un domaine restreint des actions visées dans les deux systèmes de droit (Paragraphe 1).

Paragraphe 1. Le domaine restreint des actions visées

378. En règle générale, le créancier titulaire d'un cautionnement peut exercer son droit de contrainte contre la caution en initiant une action en paiement de sa créance, celle-ci pouvant donner lieu à une saisie d'un ou de plusieurs biens de la caution, susceptibles de procurer la satisfaction au créancier. Contrairement au domaine élargi de la règle de l'interruption ou de la suspension des poursuites contre le débiteur principal, celle applicable à la caution est plus restreinte et ne peut porter que sur les actions inhérentes à la nature de son obligation (A). En

⁶⁰⁵ Cela est d'autant plus regrettable que cette ambiguïté dans la détermination des modalités d'application de la règle de la suspension des poursuites contre la caution personne physique peut entraîner une interprétation erronée des dispositions de la part des magistrats nationaux et favoriser la durée simplement indiquée à l'article 9 : V. en ce sens TPI Libreville, ord. 19 juin 2006, n° 628/2005/2006 : cette ordonnance illustre le risque indiqué précédemment : sous l'empire de l'ancien AUPC le TPI de Libreville avait violé les délais de dépôt du rapport de l'expert (art. 13 AUPC) nécessaire à l'homologation du concordat préventif qui limite en principe la suspension des poursuites (art. 14 al. 3 et art. 15 AUPC) contre le débiteur et la caution personne physique.

⁶⁰⁶ Com. 22 fév. 1983, D. 1983, IR n° 425; Com. 27 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 97, p.64.

⁶⁰⁷ L. 10 juin 1994, préc.

⁶⁰⁸ L. 26 juill. 2005, préc.

⁶⁰⁹ AUPC 10 sept. 2015, préc.

⁶¹⁰ Art. L. 622-21 C. com. et art. 9 et 75 AUPC.

revanche, les procédures en exécution forcée seront identiques aussi bien pour le débiteur que pour la caution (B).

A. Les actions en paiement inhérentes à la nature de l'obligation de la caution

379. On admet aussi que l'objet du cautionnement peut consister en une obligation de donner, ou encore en une obligation de faire ou de ne pas faire. De ce fait, les actions visées par la règle de l'interruption ou de l'interdiction des poursuites contre la caution concerneront *a priori* toutes les actions qui ont pour objet l'exécution d'une de ces obligations. Toutefois, aborder la question sous cet angle n'est pas plus pertinent que de l'examiner en mettant en exergue la singularité de l'obligation de la caution par rapport aux autres garanties, qui, faut-il le rappeler, bénéficient désormais de la même règle aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Or, celle-ci commande de distinguer l'obligation de règlement et celle de couverture de la caution. Par conséquent, les actions soumises à la suspension des poursuites contre la caution sont celles qui tendent à la mise en œuvre de l'obligation de règlement de la caution (I), et celles qui tendent à la mise en œuvre de son obligation de couverture à travers le cas particulier du compte courant (II).

I. La suspension des actions tendant à la mise en œuvre de l'obligation de règlement de la caution

380. L'obligation de règlement de la caution signifie que celle-ci s'est engagée à payer la dette du débiteur principal, si bien entendu celui-ci est défaillant. Lorsque les poursuites des créanciers sont dûment mises en œuvre, celles-ci visent essentiellement à contraindre la caution à exécuter son obligation de règlement. Il en est ainsi lorsqu'elle garantit une dette présente ou lorsque, garantissant une dette future, « son obligation de couverture s'est métamorphosée en obligation de règlement » comme l'indique un auteur⁶¹¹. Néanmoins, la caution s'oblige unilatéralement à payer ce que doit le débiteur soit purement et simplement, soit en y affectant ou en y cédant un bien particulier. En d'autres termes, l'obligation de la caution consistera soit, dans le paiement d'une somme d'argent, soit dans la vente ou attribution d'un bien déterminé. La première

⁶¹¹ JB. Seube, *op. cit.* n° 70.

situation correspond à celle d'une caution personnelle et la seconde à celle d'une caution réelle⁶¹².

381. Par ailleurs, les créanciers pourront poursuivre la caution personne morale soit en paiement d'une somme d'argent, soit en liquidation d'un bien cédé en garantie car elle ne peut se prévaloir des dispositions de l'article L. 622-28 alinéa 2 du code commerce. Pour justifier ce choix, des auteurs rappellent que l'« ouverture d'une procédure collective consacre une impossibilité du débiteur principal à faire face à ses engagements »⁶¹³ risque pour lequel le créancier s'est préventivement garanti. Cette justification donne plus de sens à l'exception dégagée par le législateur et qui consiste à ménager la situation de la caution personne physique. Les actions en paiement d'une somme d'argent (a) et, contrairement au droit français, celles nécessaires à la mise en œuvre d'un cautionnement réel, sont suspendues ou interdites (b).

a. Les actions en paiement d'une somme d'argent

382. En droit français, aux termes des dispositions de l'article L.622-28 alinéa 2 du code de commerce, les poursuites des créanciers contre la caution personne physique sont suspendues. Le créancier ne peut donc exercer son droit de contrainte contre la caution personne physique durant la période d'observation. Il s'agit essentiellement des actions qui portent sur la mise en œuvre du cautionnement c'est-à-dire le paiement de la dette du débiteur principal. Ce sont les mêmes actions des créanciers qui sont suspendues lorsqu'elles sont dirigées contre le débiteur, car l'appel en garantie de la caution consiste à exécuter l'obligation du débiteur principal conformément aux dispositions des articles L. 622-21 et R. 622-26 du code de commerce. De ce fait, toutes les actions contre la caution personne physique qui tendent au paiement d'une somme d'argent sont suspendues. Il apparaît dès lors tout à fait logique de considérer que la jurisprudence, concernant le débiteur, et qui consiste à appliquer l'arrêt des poursuites à toutes les actions qui tendent directement ou indirectement au paiement d'une somme d'argent, est transposable à la situation de la caution.

383. En droit OHADA, c'est l'article 10 alinéa 5 et l'article 75-1 du nouvel AUPC qui constituent le fondement juridique de la règle de la suspension des poursuites contre la caution

⁶¹² V. Bonnet, Le cautionnement réel est-il réellement un cautionnement ? D. 2000, n° 13, 1 s.

⁶¹³ D. Legeais, *op. cit.* n° 254.

personne physique, mais pour connaître les actions qui y sont visées, il faut se référer aux actions indiquées dans l'article 9 alinéa 1 relatif à la SPI contre le débiteur. C'est pourquoi, la règle de la suspension des poursuites contre la caution personne physique concerne les demandes en justice dont l'objet est le paiement d'une somme d'argent, sous réserve des actions dont l'examen sera ultérieurement envisagé.

384. En réalité, la mise en œuvre du cautionnement porte sur l'exécution d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire du débiteur en difficulté. Ce faisant, les poursuites individuelles des créanciers en exécution d'une obligation de cette nature couvrant une action en paiement sont suspendues. En ce sens, la caution personne physique qui a garanti l'exécution d'une obligation de faire du débiteur principal ne sera pas inquiétée par les poursuites du créancier en exécution de cette obligation. Il s'agit de rendre les procédures préventives plus attractives que la procédure du redressement judiciaire, en protégeant celui qui, en quelque sorte, détient les clés du succès de la prévention entre ses mains c'est-à-dire le dirigeant garant en général et plus particulièrement le dirigeant caution.

385. En outre, dans ce contexte, le caractère accessoire du cautionnement permet d'expliquer que la caution bénéficie de la suspension des poursuites après l'ouverture de la procédure au même titre que le débiteur principal. En effet, il aurait été injuste que le législateur, changeant les conditions de paiement de la créance par le débiteur principal à travers notamment les règles qui découlent de la discipline collective, permette au créancier d'exercer une de ses prérogatives que lui confère le droit de créance alors même qu'il l'a suspendue à l'encontre du débiteur principal.

386. Certes, la caution personne morale n'en bénéficie pas alors que son engagement n'est pas moins accessoire que celui de la caution personne physique, mais ceci s'explique par la nature conciliante du droit des procédures collectives⁶¹⁴. A défaut de tenir compte des intérêts de tous les créanciers ou de toutes les cautions il choisit de retenir la théorie de l'accessoire et l'efficacité du cautionnement qui sont mises en évidence compte tenu de l'application de la règle de la suspension des poursuites au bénéfice de la seule caution personne physique. La convergence entre le droit OHADA et le droit français ne s'étend pas davantage de telle sorte que le premier se distingue désormais du second dans l'hypothèse particulière d'une pratique du cautionnement

⁶¹⁴ D. Legeais, *op. cit.* n° 254.

encore en cours en droit OHADA. Il s'agit de ce qu'on a autrefois qualifié en droit français le cautionnement réel.

b. Les actions en paiement dans le cadre de la mise en œuvre d'un cautionnement réel en droit OHADA

387. Le cautionnement étant une sûreté personnelle, il est dit réel lorsqu'il implique une sûreté réelle qu'elle soit mobilière ou immobilière. Un tiers affecte son bien en garantie de l'obligation du débiteur principal. En d'autres termes, il s'agit d'un mécanisme juridique qui permet la constitution d'une sûreté réelle sur un ou plusieurs biens par un tiers pour garantir la prestation du débiteur principal. L'hypothèse d'un cautionnement réel est ainsi envisagée par le législateur africain dans l'article 22 de l'AUS. Aux termes de celui-ci, « La caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens. Elle peut également limiter son engagement à la valeur de la réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté ». Pourtant, si cette modalité du cautionnement a été supprimée en droit français depuis l'arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation en date du 2 décembre 2005, elle reste en vigueur en droit OHADA contrairement à ce que prétendent certains auteurs.

388. En droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif, cette hypothèse est consacrée depuis la réforme de l'AUPC de 2015. En effet, il n'est pas rare que le législateur utilise la formule empruntée à la loi française : une « personne physique (...) ayant affecté (...) un bien en garantie ». Or, celle-ci correspond à l'hypothèse définie dans l'article 22 AUS sus énoncé. Le cautionnement réel constitue bien une pratique du cautionnement encore en cours en droit OHADA. Il peut s'agir de la caution ou du dirigeant caution qui affecte son bien meuble ou immeuble en garantie. Il en résulte deux grands types de cautionnement réel, celui qui est donné sous forme de gage et celui donné sous forme d'hypothèque la distinction entre les deux ne résidant pas dans leur constitution, mais plutôt dans leur mise en œuvre de telle sorte qu'on ne se tromperait pas en affirmant que le cautionnement réel se conclut sous forme d'une sûreté personnelle et se règle davantage en sûreté réelle.

389. Le caractère hybride du cautionnement réel pose la question de son régime. Doit-on appliquer le régime du cautionnement ou celui d'une sûreté réelle ? A ce propos, il convient de noter la controverse doctrinale et même jurisprudentielle qui existe en ce sens. D'un côté, un

courant distributif qui estime que le régime du cautionnement réel doit être représentatif des différentes variétés des sûretés qu'il implique et dont les principales concernent le cautionnement, le gage (gage de meubles corporels et le nantissement de meubles incorporels de meubles incorporels⁶¹⁵) et l'hypothèque⁶¹⁶. De l'autre côté, un courant exclusif qui tranche en faveur de l'application du régime de la sûreté réelle impliquée dans le cautionnement. En ce sens, on peut considérer que le régime de la sûreté réelle sera applicable au cautionnement réel dans sa mise en œuvre, de telle sorte que celle-ci nécessitera l'obtention préalable d'un titre exécutoire du titulaire de la garantie. Dès lors, on peut s'interroger sur les actions assujetties à la règle de la suspension des poursuites.

390. Cependant, selon les règles de droit commun, le remboursement d'un créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle s'effectue par la réalisation du bien faisant l'objet de la garantie. Cela signifie que le créancier qui n'a pas reçu la prestation attendue du débiteur pourra saisir le juge pour faire ordonner la vente du bien affecté ou donné en garantie ou se le faire attribuer. La procédure de paiement du créancier bénéficiaire est donc en général judiciaire.

391. Avant la réforme de 2015, toutes les cautions pouvaient être poursuivies et les créanciers pouvaient réaliser les sûretés réelles consenties par les cautions sans distinction à leur égard. Désormais, il faut considérer que ces actions en réalisation de la sûreté réelle constituée par la caution réelle sont suspendues, lorsque la caution est une personne physique, dans les procédures de règlement préventif et de redressement judiciaire conformément aux dispositions des articles 9 al. 5 et 75-1 AUPC. Contrairement au droit français, durant toute la durée de la procédure de règlement préventif ou de redressement judiciaire, le créancier ne pourra pratiquer les procédures nécessaires à la vente du bien affecté en garantie pour se faire payer sur le prix ou se le faire attribuer. Cette phase de la procédure nécessaire au créancier pour se faire payer par la caution

⁶¹⁵ Avant la réforme de l'AUS de 2010, le gage et le nantissement se distinguaient par la possession ou non du bien faisant l'objet de la garantie. Le gage était ainsi constitué lorsqu'il y avait dessaisissement du bien meuble corporel ou incorporel affecté en garantie, tandis que le nantissement était constitué lorsque le bien meuble corporel ou incorporel était affecté en garantie sans dépossession. Mais depuis la réforme de 2010, le critère de distinction entre les deux sûretés ne réside plus sur la possession, mais sur la nature du bien meuble affecté en garantie (art. 92 et 125 AUS dans leurs rédactions issues de la réforme de 2010).

⁶¹⁶ V. en ce sens M.T. Antagana-Malongue, *op. cit.* p. 292 s. : pour l'auteur le régime applicable au cautionnement réel est d'abord et en principe celui du cautionnement ordinaire, l'application du régime de la sûreté réelle n'est envisageable que s'il n'est pas contraire au régime du cautionnement ordinaire. Ainsi, pour cet auteur le cautionnement l'emporterait sur la sûreté réelle.

concerne les voies d'exécution que l'on abordera ultérieurement. On peut s'interroger sur les autres mesures notamment celles préalables à une saisie.

392. De façon générale, la mise en œuvre d'une sûreté tant mobilière qu'immobilière nécessite en principe la saisie du bien objet du cautionnement. Or, aucune saisie ne peut avoir lieu sans titre exécutoire conformément aux dispositions de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Par conséquent, le créancier bénéficiaire de la sûreté apportée par la caution, devra pour réaliser celle-ci, disposer au préalable d'un titre exécutoire.

393. En outre, l'obtention du titre exécutoire faisant l'objet, en principe, d'une procédure judiciaire bien définie dans les Etats membres de l'OHADA, la question qui se pose naturellement est de savoir si cette procédure entre dans le champ de la suspension des poursuites de l'article 75 AUPC. D'abord, contrairement aux législations nationales avant lui, le législateur OHADA indique une liste d'actes qui constitue des titres exécutoires. Ceux-ci peuvent être divisés en deux catégories selon leur origine. On distingue ainsi les actes judiciaires et ceux extrajudiciaires dont peut notamment se prévaloir le créancier bénéficiaire d'un cautionnement réel. Ensuite, si on considère le cautionnement réel qui implique le gage de meuble corporel particulièrement, sa mise en œuvre nécessitera par exemple au préalable que le créancier initie une procédure d'injonction de délivrer ou de restituer propre au droit OHADA pour demander au président de la juridiction compétente d'ordonner cette délivrance selon qu'il y a dépossession ou non.

394. Dans cette hypothèse, il nous semble que l'injonction de délivrer ou de restituer rentre dans le champ de la suspension des poursuites des articles 9 al.1 et 75-1 AUPC. Certes, l'injonction de délivrer et de restituer constitue une procédure simplifiée de recouvrement de créance et non une voie d'exécution, il n'en demeure pas moins que l'esprit des articles précités consiste à inciter le dirigeant caution, comme en droit français, à solliciter le plus rapidement possible l'ouverture d'une procédure collective impliquant le redressement de l'entreprise. Cela implique une certaine sérénité de sa part, la formule consacrée dans ce cas étant de lui apporter un temps de répit c'est-à-dire une absence d'inquiétude quant aux actions individuelles dont il pourrait faire l'objet. Or, bien qu'elle soit une procédure moins contraignante, l>IDR est un moyen de pression psychologique pour pousser le débiteur à s'exécuter ponctuellement. Ce qui est incompatible

avec l'objectif poursuivi par le législateur. Et si l'ouverture de la procédure collective est intervenue, alors que la caution avait déjà fait opposition à l'ordonnance d'injonction de délivrer ou de restituer, cette phase de la procédure subira le même sort et sera donc interrompue. En revanche, la procédure consistant à revêtir l'ordonnance d'injonction de la formule exécutoire par la juridiction compétente échappe à la suspension des poursuites. Simplement, elle ne pourra produire les effets qui lui sont attachés.

395. Par ailleurs, si l'on considère cette fois-ci le « cautionnement hypothécaire », sa particularité est que les parties constituent l'hypothèque avec les services d'un notaire. Dans cette hypothèse, le titre exécutoire n'implique pas l'intervention d'une juridiction. Le notaire étant investi des prérogatives de l'autorité publique, l'acte authentique qu'il délivre au justiciable est exécutoire de plein droit au même titre qu'une décision judiciaire revêtue de la formule exécutoire. Il en est ainsi si l'on prend le cas du Cameroun, la mise en œuvre d'un cautionnement réel, qui obéit rappelons-le au régime de l'hypothèque, n'implique pas la procédure de droit commun d'obtention du titre exécutoire. L'hypothèque constituée par la caution, lorsqu'elle est conventionnelle, peut résulter d'un acte notarié.

396. Dans ces conditions, la procédure d'obtention d'un titre exécutoire ne sera pas nécessaire, la formule exécutoire pouvant être directement apposée sur l'acte notarié par le notaire car il est dépositaire des prérogatives de l'autorité juridictionnelle.

397. En tout état de cause, la suspension des poursuites, telle qu'envisagée en droit OHADA dans les procédures de règlement préventif et de redressement judiciaire, ne profite qu'à la caution personne physique et non à la caution personne morale. Cette dernière devra honorer son obligation de paiement et son obligation de couverture, naturellement aux conditions définies par les parties.

II. La suspension des actions tendant à la mise en œuvre de l'obligation de couverture dans l'hypothèse d'un compte courant

398. L'obligation de couverture⁶¹⁷ a pour objet les dettes à naître et fait peser sur la caution une obligation à exécution successive. Il s'agit en réalité pour la caution de couvrir les dettes futures du débiteur principal notamment dans le cadre d'un compte courant. La question que l'on peut se

⁶¹⁷ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 606 s. ; Ph. Simler, *op. cit.* n° 221.

poser est de savoir si dans le cadre du compte courant il y a application de la règle de la suspension des poursuites contre la caution. En principe, le créancier ne pourra pas poursuivre la caution en paiement de la dette du débiteur principal avant la fermeture du compte courant, lequel est soumis au principe d'indivisibilité⁶¹⁸. Ceci parce que théoriquement avant la clôture du compte il n'est pas possible de savoir laquelle des parties est débitrice⁶¹⁹. La règle de la suspension des poursuites contre la caution n'a même pas à s'appliquer dans ces conditions dans la mesure où le principe de l'indivisibilité interdit au créancier de poursuivre la caution avant que le compte ne soit clôturé.

399. Cependant, en pratique cette solution conforme à la théorie de l'accessoire est contournée par les créanciers qui introduisent généralement dans le contrat de cautionnement une clause leur permettant de poursuivre la caution en règlement du solde, non pas définitif, mais provisoire du compte courant. L'idée est de permettre au créancier de poursuivre la caution en paiement avant la clôture du compte en cas de convention particulière. À la lecture de cette solution jurisprudentielle, les poursuites contre la caution sont possibles alors même que la dette du débiteur principal n'est pas encore exigible. Il est par conséquent envisageable que le créancier intente une action contre la caution durant la procédure collective. La question est donc de savoir si celle-ci tombe sous le coup de la règle de la suspension des poursuites.

400. Il paraît logique de considérer que les actions en paiement du solde provisoire du débiteur en compte courant entrent dans le champ des actions visées par les dispositions de l'article L. 622-28 alinéa 2 précédemment indiqué au regard des objectifs que poursuit le législateur à travers cette règle de l'arrêt des poursuites. Dans un premier temps, la suspension des poursuites contre la caution personne physique durant la période d'observation vise à prévenir l'aggravation des difficultés de l'entreprise ce qui pourrait l'amener à cesser ses paiements ou à disparaître faute d'un dépôt précoce du bilan. Cette mesure, qui tend à inciter les dirigeants cautions à mettre leur entreprise sous protection judiciaire. Ne pas suspendre ses poursuites remettrait en cause le caractère incitatif de cette règle.

401. Dans un second temps, une action en justice pour paiement d'un solde provisoire est supposée mettre fin à la relation contractuelle entre le débiteur et le créancier requérant en ce sens

⁶¹⁸ N. Picod, *op. cit.* n° 131 et 133 ; Ph. Simler, *op. cit.* n° 693 ; D. Legeais, *op. cit.* n° 232 et 249 s.

⁶¹⁹ N. Picod, *op. cit.* n° 133.

que l'action en justice n'a d'autres effets que de mettre fin aux relations de compte, c'est-à-dire la clôture de compte. Ce qui diminuerait indubitablement les avoirs du débiteur au moment où il en a le plus besoin pour maintenir son activité en vie. Inversement, cela reviendrait à augmenter immédiatement son passif. Or, l'objectif du législateur est de mettre à la disposition du débiteur en difficulté tous les moyens nécessaires à la poursuite de son activité. Et cela passe notamment par le maintien de certains contrats tel que la convention de compte courant tant que son solde définitif n'est pas connu et éventuellement l'amélioration de sa trésorerie.

402. Toutefois, dans cette hypothèse la question se poserait de savoir ce qu'il adviendrait pour les banques qui ne peuvent exiger de la caution le paiement du solde provisoire. Simplement, il faut convenir que ces dernières devront simplement le déclarer au passif de la procédure s'il révèle une créance pour la banque. Autrement dit, la suspension des poursuites contre la caution ne se limite pas aux actions en règlement des dettes présentes (y compris solde provisoire du compte) encore moins de celles futures, elle s'étend également aux procédures d'exécution comme celles suspendues contre le débiteur.

B. Les procédures d'exécution

403. Lorsque la dette n'est pas payée au terme convenu, il appartient au créancier d'utiliser tous les moyens de droit que lui offre la loi. Généralement, le créancier va tenter une voie amiable pour recouvrer sa créance et s'épargner des difficultés aussi bien temporelles que financières. Parfois, face à un débiteur en difficulté, il n'aura d'autre choix que de l'attirer en justice pour le voir condamner à lui payer son dû⁶²⁰. Le créancier peut intenter des actions contre le débiteur pour le contraindre au paiement de sa créance. Il s'agit dès lors des procédures d'exécution forcée qui ne sont que la phase finale de cette démarche qui a lieu devant le juge de l'exécution cette fois-ci. Ainsi, il convient d'examiner comment la suspension des voies d'exécution forcée s'articule avec les procédures collectives aussi bien en droit français (I), qu'en droit OHADA (II).

⁶²⁰ Nous venons de voir que cette démarche ne peut aboutir une fois qu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur et accessoirement à l'encontre de la caution. Dans la même veine, les mesures nécessaires à l'exécution de la décision qui résulteraient d'une telle démarche ne sauront prospérer.

I. La suspension des voies d'exécution en droit français

404. Une voie d'exécution *stricto sensu* est un ensemble de procédures légales permettant à une personne physique ou morale d'obtenir l'exécution forcée des actes et des jugements qui lui reconnaissent des prérogatives ou des droits. En d'autres termes, les voies d'exécution permettent aux créanciers de contraindre, par la force, le débiteur à payer ce qu'il doit « soit en lui prenant l'argent qui lui est dû par ses propres débiteurs (on parle de saisie de créances), soit en lui faisant vendre ses biens pour payer ses créanciers sur le prix obtenu (on parle alors de saisie vente ou encore de saisie immobilière), soit (enfin) en l'obligeant à remettre directement ce qu'il doit (saisie-appréhension) ». De ce point de vue il s'agit des moyens de droit qui tendent non pas à mettre la pression sur le débiteur, mais bien à l'amener directement à exécuter de force son obligation. La loi de sauvegarde de 2005 ne s'est pas trompée en utilisant les termes de « procédures d'exécution », car en réalité ce sont des voies d'exécution au sens strict.

405. Les voies d'exécution au sens strict encore appelées saisies d'exécution doivent cependant être distinguées des mesures conservatoires dont la mise en jeu n'exige pas de leur auteur qu'il dispose un titre exécutoire. Ces dernières permettent simplement au créancier qui ne peut recourir aux saisies d'exécution faute d'un titre exécutoire, ou qui ne veut pas encore le faire, d'interdire au débiteur de disposer de ses biens. Il s'agit pour un auteur de « moyens (efficaces) de pression »⁶²¹ sur le débiteur. En revanche, elles constituent bien souvent un préalable aux saisies exécution. Une définition *lato sensu* des voies d'exécution permettrait de les englober ainsi que le fait observer l'auteur⁶²². Dès lors, il faut en déduire que la règle de la suspension des poursuites des créanciers et des voies d'exécution est opposable aux créanciers antérieurs et aux créanciers postérieurs non privilégiés. Ceux-ci ne peuvent initier de nouvelles procédures d'exécution au risque que le juge ne leur oppose une fin de non-recevoir⁶²³. De même que les procédures en cours devront être interrompues conformément aux dispositions de l'article L. 622-21-II du code de commerce.

406. Aussi, l'interruption ou l'interdiction, des voies d'exécution n'obéit-elle pas au même régime que les actions visées plus haut c'est-à-dire qu'elle a un caractère d'ordre public interne et

⁶²¹ M. Donier, J-B Donnier, Voies d'exécution et procédures de distribution, Litec, 8e éd. n°14.

⁶²² G. Cornu, Vocabulaire juridique, *op. cit.* (voir voies d'exécution).

⁶²³ TGI Fontainebleau, 8 avr. 1987, D. 1988, somm. 145 Adde, Kerckhove, n° 529.

international. De ce fait, cette règle doit être soulevée d'office par le juge. Autrement dit, dans l'hypothèse d'un contentieux relatif à la poursuite d'une voie d'exécution par les créanciers antérieurs ou ceux postérieurs non privilégiés après le jugement d'ouverture, le juge de l'exécution devra constater la suspension ou la nullité de la procédure. Dès lors, le créancier ne pourra pas par exemple procéder à une saisie-vente des meubles corporels de la caution et les placer sous « main de justice » afin de les vendre et se faire payer à hauteur de sa créance. Une analyse panoramique de la règle de l'interdiction des voies d'exécution contre le débiteur (a) permettra de mieux justifier l'identité de son régime à celui applicable à l'interdiction des procédures d'exécution contre la caution (b).

a. La règle de l'interdiction des voies d'exécution contre le débiteur

407. Dans l'esprit de la loi du 25 janvier 1985, les voies d'exécution sont soumises à la règle de la suspension des poursuites car *in fine*, elles ont la même finalité que toutes les poursuites ordinaires en paiement. C'est la raison pour laquelle les créanciers antérieurs, et ceux non « utiles » à la procédure, ou les créanciers postérieurs non privilégiés, « ne peuvent ni poursuivre les mesures d'exécution qu'ils avaient débutées avant l'ouverture de la procédure (sous réserve que l'effet attributif ne soit pas intervenu avant le jugement d'ouverture), ni en introduire de nouvelles »⁶²⁴.

408. Cette seconde situation est plus simple et l'application de la règle de l'interdiction des voies d'exécution ne devrait pas poser de problèmes particuliers, contrairement à la première. En effet, on peut observer deux situations dans la première hypothèse ; soit, la procédure d'exécution a dûment été initiée et suit son cours, mais n'a pas encore produit ses effets définitifs. Dans ce cas, le juge de l'exécution en prononcera simplement la mainlevée. Soit, elle a été dûment mise en œuvre, mais a déjà produit, ou peut commencer à produire, ses effets légaux définitifs. Or, dans la pratique toutes les procédures d'exécution ne produisent pas un effet définitif de la même façon et au même moment. Par conséquent, il convient d'examiner quelques situations représentatives de l'application de la règle de l'arrêt des voies d'exécution contre le débiteur, lorsque celles-ci sont susceptibles de produire légalement leurs effets, pour ainsi mieux appréhender l'intérêt de l'application de cette règle à la caution.

⁶²⁴ A. Brenac et K. Leclerc, Voies d'exécution et droit des entreprises en difficulté, coll. Droit 360°, éd. LexisNexis 2012, p. 469 s.

409. Le premier cas étudié est celui de la suspension des effets de la saisie-attribution, laquelle est régie en droit français par la loi du 9 juillet 1991 et son décret d'application du 31 juillet 1992 et en droit OHADA par l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Il s'agit, d'une saisie « mobilière exécutoire créée en remplacement de la saisie-arrêt (L. 9 juill. 1991, art. 42 s.) »⁶²⁵. Elle permet à tout créancier, muni d'un titre exécutoire, de saisir entre les mains d'un tiers, les créances de son débiteur portant sur des sommes d'argent, afin de se faire payer sur celles-ci⁶²⁶.

410. Dans la pratique, la signification de l'acte de saisie-attribution permet à cette procédure d'exécution de produire ses effets légaux de sorte qu'en leur absence la règle de la suspension des poursuites et des voies d'exécution s'appliquera pleinement. A titre d'illustration, la saisie-attribution aura produit ses effets au jour du jugement d'ouverture si l'acte de saisie a été signifié au tiers saisi avant le jugement d'ouverture de la procédure. Et ce, peu importe que la saisie ait été dénoncée au débiteur avant ou après le jugement d'ouverture, encore faut-il, à peine de caducité, que cette saisie ait été dénoncée au débiteur dans les huit jours de sa signification.

411. Cette dernière précision trouve un intérêt tout particulier dans le dessaisissement ou non du débiteur, car si le jugement d'ouverture a pour effet de restreindre les droits et pouvoirs du débiteur, la dénonciation devra en principe être faite auprès de l'organe investi des pouvoirs et non pas en la personne du débiteur directement. Par exemple, en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, la saisie devra être dénoncée à l'administrateur judiciaire, ou encore au liquidateur dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire. La jurisprudence fait une excellente application de ce principe, dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 4 mars 2003. Dans ce dernier, la Haute cour décide que « la saisie doit être dénoncée dans le délai de huit jours, à peine de caducité, au débiteur à la tête des biens, ou, dès la liquidation judiciaire, à son liquidateur »⁶²⁷. Le saisissant doit donc dénoncer l'acte à la bonne personne s'il ne veut pas perdre le bénéfice qui lui est attaché, car sa dénonciation pourrait être déclarée irrégulière et tenue pour non avenue si elle est mal réalisée.

⁶²⁵ G. Cornu, Vocabulaire juridique, *op. cit.* (voir saisie-attribution).

⁶²⁶ L. 9 juill. 1991 art. 43 : l'acte de saisie emporte « attribution immédiate au profit du saisissant (le créancier en l'occurrence) de la créance saisie disponible entre les mains du tiers ».

⁶²⁷ Com. 4 mars 2003, D. 2003, p. 907, obs. A. Lienhard, et p. 1623, obs. F-X. Lucas ; JCP EA. 2003, p. 1576, obs. P. Pétel. V. également Com. 19 fév. 2002, D. 2002, p. 1070, obs. V. Avena-Robardet ; Dr. et proc. 2002, p. 237, obs. P. Hoonakker.

412. En outre, dans le cas particulier d'une saisie-attribution de créances à exécution successive, la chambre mixte de la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt de principe en date du 22 novembre 2002, que la saisie attribution qui a commencé à produire ses effets avant le jugement d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires les (effets) poursuit sur les sommes échues en vertu de cette créance, après ledit jugement. En l'espèce, une saisie-attribution avait été pratiquée par un créancier sur les loyers dus par les locataires de la société débitrice. Après la mise en liquidation judiciaire de celle-ci, le liquidateur demanda au juge des référés le remboursement des loyers échus postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, ainsi que la mainlevée de la saisie-attribution.

Le juge des référés avait accueilli cette demande, mais la Cour d'appel de Versailles ayant infirmé la décision, la chambre mixte rejette le pourvoi du liquidateur en décidant « qu'il résulte des articles 13 et 43 de la loi du 9 juillet 1991 et des articles 69 et suivant du décret du 31 juillet 1992, que la saisie-attribution d'une créance à exécution successive, pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement ou d'une liquidation de celui-ci, poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance, après ledit jugement ». La survenance d'une procédure collective ne remet donc pas en cause les effets postérieurs d'une saisie-attribution de créances successives issues d'un contrat signifiée antérieurement. En revanche, cette décision de la chambre mixte est en réalité une reprise de la position adoptée par la chambre civile qui était elle-même conforme à un premier avis rendu par la Cour de cassation le 16 décembre 1994⁶²⁸.

413. Le deuxième cas est celui de la saisie-vente⁶²⁹. Celle-ci sera soumise à la suspension des voies d'exécution si la vente du meuble saisi n'a pas encore eu lieu. Comme le souligne un auteur, tant que la vente « n'a pas été réalisée, la saisie vente est une voie d'exécution en cours soumise à la règle de l'article L. 47⁶³⁰ (de la loi du 25 janvier 1985) »⁶³¹ relative à la suspension des poursuites individuelles des créanciers. Autrement dit, la saisie vente sera considérée comme

⁶²⁸ Avis n° 0940021 P du 16 déc. 1994.

⁶²⁹ G. Cornu, *op. cit.* (V. saisie vente) : la saisie vente est « une saisie mobilière exécutoire de droit commun (anciennement appelée saisie-exécution) qui permet à tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible de faire procéder, après un commandement, à la saisie et à la vente des meubles corporels de son débiteur (moyennant autorisation préalable du juge de l'exécution si les biens saisis sont détenus par un tiers dans son habitation-L. 9 juillet 1991, art. 50 s.) ».

⁶³⁰ Art. 47 L. 25 janv. 1985 (devenu art. L. 622-21-II C. com.).

⁶³¹ L. n° 85-98 du 25 janv. 1985, *prec.*

ayant produit ses effets au jour du jugement d'ouverture dans l'hypothèse où la vente des biens (qui seule les fait sortir du patrimoine du débiteur) est intervenue (hors période suspecte) avant celui-ci. Ou encore lorsque le débiteur aura sollicité au créancier l'autorisation de vendre à l'amiable le bien saisi. Dans ce cas l'article 109 du décret de 1992 prévoit la consignation du prix par l'acquéreur comme ultime phase de la saisie. La saisie aura donc joué à cette date. Par conséquent, toute vente forcée du bien saisi ou toute consignation du prix (vente amiable D. 31 juill. 1992, art. 107 à 109) intervenant après le jugement d'ouverture sera soumis à la règle de l'arrêt des poursuites.

414. Le troisième cas est celui de la saisie immobilière c'est à dire une procédure « d'exécution forcée qui permet au créancier muni d'un titre exécutoire de faire placer sous -main de justice, moyennant un commandement de payer⁶³² et la publication de celui-ci, un immeuble (...) appartenant à son débiteur ou à un tiers détenteur (contre lequel il exerce son droit de suite) et d'obtenir la vente (forcée ou amiable) du bien saisi (...) en présence des personnes saisies et des créanciers inscrits »⁶³³.

415. La règle de l'arrêt des voies d'exécution s'appliquera si le jugement d'adjudication n'a pas été publié au service de publicité foncière avant le jugement d'ouverture de la procédure. Un arrêt de la deuxième chambre civile en date du 24 mars 1993 est en ce sens. La Haute Cour décide que le jugement de redressement judiciaire intervenu entre la déclaration de surenchère et l'adjudication définitive d'un immeuble suspend les poursuites à l'égard du saisi. Toutefois, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, « si l'adjudication est intervenue avant le jugement d'ouverture, il suffira au liquidateur, subrogé aux droits du créancier poursuivant, de publier au service de publicité foncière le jugement d'adjudication »⁶³⁴. Dans cette hypothèse, le liquidateur pourra poursuivre la saisie immobilière entamée avant jugement d'ouverture.

416. Il faut enfin noter la suspension des avis à tiers détenteurs non notifiés au débiteur. Il s'agit d'une procédure d'exécution simplifiée, comparable à la saisie-attribution, permettant au Trésor

⁶³² Le commandement de payer (délai de huit jours) est un préalable à la réalisation d'une saisie immobilière. Après un délai de huit jours, un procès-verbal de description des lieux est réalisé par un huissier de justice. Au court des deux mois suivant la délivrance, une publication du commandement valant de la saisie devra être exécutée. Dans les deux mois suivant la publication, une assignation devant le juge de l'exécution à l'audience d'orientation sera remise au débiteur. C'est à l'occasion de cette audience qu'il sera déterminé si l'immeuble fera l'objet d'une vente forcée (l'adjudication) ou d'une vente amiable.

⁶³³ G. Cornu, *op. cit.* p. 265

⁶³⁴ P-M. Le Corre, *op. cit.* n° 622.11.

public d'appréhender entre les mains d'un tiers des sommes d'argent dues par ce dernier à un contribuable débiteur d'impôts directs et taxes assimilées garantis par le privilège du Trésor, de pénalités et frais accessoires exigibles. Un avis à tiers détenteur produit ses effets dès lors qu'il est notifié au redevable de l'impôt. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour d'appel de Paris en date du 4 juin 1992, sous réserve cependant de la possibilité d'annulation sur le terrain des nullités facultatives de la période suspecte.

417. Dans tous les cas, les saisies mobilières et immobilières qui ont été pratiquées par le créancier et qui n'ont pas joué avant le jugement d'ouverture de la procédure sont soumises à la règle de l'arrêt et de l'interdiction des voies d'exécution. Elles devront cependant faire l'objet d'une mainlevée de la part des créanciers saisissants.

b. L'application du régime à la caution personne physique

418. La mise en œuvre des voies d'exécution contre la caution fait corps avec la réalisation du cautionnement qui tend au paiement du créancier. La caution est avant tout un débiteur du créancier. Elle n'échappe donc pas, en principe, aux moyens légaux que le législateur a mis à la disposition des créanciers pour recouvrer leur créance. Or, l'alinéa 2, de l'article 55 de la loi de 1985, que l'on doit à la loi de 1994, empêche « la mise en jeu de la caution personne physique »⁶³⁵, dans le but de prévenir au mieux les difficultés de l'entreprise et d'éviter la cessation des paiements. C'est ce qui résulte de l'amendement n° 41 à l'origine de la règle de la suspension des poursuites contre la caution, dans lequel le rapporteur évoque l'interdiction de « la mise en jeu de la caution » pour inciter le chef d'entreprise-caution à effectuer un dépôt précoce du bilan nécessaire pour maintenir l'entreprise en vie et d'éviter la cessation des paiements. Mettre la caution hors d'atteinte des poursuites des créanciers c'est prévenir davantage le risque de cessation des paiements de l'entreprise.

419. Aussi, les dispositions des articles 70-1 du décret du 7 décembre 1985, dans la rédaction que lui a donnée le décret du 21 octobre 1994, et R. 622-26 du code de commerce confirment cette idée selon laquelle la suspension des poursuites concerne les procédures d'exécution. En effet, si le premier texte visait sans restriction les voies d'exécution, le second évoque (désormais) expressément la suspension des procédures civiles d'exécution en application du deuxième alinéa

⁶³⁵ Rapp. Ph. Houillon, préc.

de l'article L. 622-28 du code de commerce⁶³⁶. Il ne s'agit donc pas des voies d'exécution au sens large (interprétation stricte de l'art. 70-1 susmentionné) lesquelles engloberaient les mesures conservatoires⁶³⁷, mais plutôt des voies d'exécution *stricto sensu* comme indiqué précédemment⁶³⁸. Néanmoins, ces deux textes soutiennent que les voies d'exécution font partie intégrante du champ d'application de l'article 55 alinéa 2 sus évoqué⁶³⁹. Il en est ainsi d'un jugement du tribunal de commerce de Paris en date du 28 février 1997 opposant la Société Générale à Dieu-Guttmann⁶⁴⁰. Dans cette décision, le tribunal avait interrompu l'instance contre la caution jusqu'au jugement prononçant la liquidation judiciaire ou arrêtant le plan de redressement du débiteur principal sur le fondement de l'article 55 sus visé.

420. La suspension des poursuites contre la caution est prévue sous réserve que le débiteur soit en période d'observation, période au cours de laquelle la caution jouit de son immunité judiciaire, la reprise des poursuites étant toutefois possible en dehors de cette période aux conditions définies dans le plan.

421. Il convient de rappeler l'argument selon lequel agir contre la caution, durant la période d'observation du redressement judiciaire, ne favorise pas un dépôt précoce du bilan. En premier lieu, le constat était unanimement fait en droit français selon lequel la plupart des procédures de règlement judiciaire se terminaient par une liquidation des biens⁶⁴¹. Non pas que le dépôt tardif en était la seule cause, mais parce que sans dépôt de bilan la situation du débiteur pouvait être difficilement examinée ce qui réduisait les chances de redressement de l'entreprise. L'extension de cette mesure avait ainsi pour objectif d'éviter que les dirigeants-cautions déposent le bilan, alors que les difficultés de l'entreprise ont déjà fragilisé cette dernière. Par exemple, dans la procédure de conciliation, le débiteur, avec le soutien du conciliateur⁶⁴², recherche une solution

⁶³⁶ Art. R. 622-26 al. 1 C. com.: « Les instances et les procédures civiles d'exécutions suspendues en application du deuxième alinéa de l'article L. 622-28 (...) ».

⁶³⁷ Les mesures conservatoires contre la caution feront l'objet de développements ultérieurs. A l'occasion nous reviendrons préalablement sur l'arrêt des mesures conservatoires contre le débiteur pour mieux appréhender les motivations du législateur quant à l'exclusion des mesures conservatoires du domaine de la suspension des poursuites contre la caution.

⁶³⁸ V. *supra* n° 404 s.

⁶³⁹ Art. 55 al. 2 L. 25 jan. 1985 (devenu art. L. 622-28 al. 2 C. com.).

⁶⁴⁰ Paris, 28 fév. 1997, JurisData n° 048325. V. en ce sens également E. Kerckhove, comm. sous Civ. 1^{ère}, 31 mars 1998, Rev. proc. coll. juin 1999, n°2, p. 122.

⁶⁴¹ Rapp. Ph. Houillon, préc.

⁶⁴² Art. L. 611-7 al. 1 C. com.

amiable avec ses créanciers afin d'éviter l'apparition de difficultés bien plus importantes au point de menacer la continuité de son activité. Il s'agit en d'une procédure préventive conventionnelle.

422. Dans ce contexte, l'alinéa premier de l'article L.611-7 précise que le conciliateur peut présenter « toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi ». Sous la loi de 1985, le conciliateur pouvait solliciter la suspension des poursuites de créanciers, afin de favoriser la conclusion d'un accord. La caution aurait pu bénéficier de cette mesure accordée au débiteur principal en raison du caractère accessoire de son engagement. Il n'en a jamais été ainsi, car la loi de 1985 dans sa généralité ne s'est véritablement jamais préoccupée du sort de la caution⁶⁴³.

423. Elle considérait également qu'il était normal que la caution, qui a pris l'engagement de payer le créancier à la place du débiteur défaillant, soit poursuivie une fois ce dernier en difficulté. C'est donc fort logiquement qu'à cette période de la législation française la caution qu'elle soit une personne physique ou non ne bénéficiait pas de cette suspension des poursuites⁶⁴⁴ et donc de l'arrêt des voies d'exécution *stricto sensu*. L'altération de la règle de l'accessoire était ainsi constatée dès lors que la caution était plus durement traitée que le débiteur principal. Par exemple, avant la loi de 1994, le droit français des procédures collectives validait, disons-le, l'autonomie de l'engagement de la caution en coupant le cordon ombilical qui lie l'engagement de la caution à l'obligation du débiteur principal.

424. Dans un tel contexte, dominé par des contingences économiques et sociales diverses, le débiteur « accessoire » est appelé presque automatiquement en paiement sur la base de la spéculation de la défaillance du débiteur, ce qui crée une inégalité de traitement des deux débiteurs.

425. Désormais, pendant la période d'observation, l'article L. 622-28 alinéa 2 applicable à la procédure de sauvegarde, et à la procédure de redressement judiciaire par renvoi de l'article L. 631-14, interdit aux créanciers de poursuivre la caution notamment en exécution d'un titre. Il s'agit d'une fin de non-recevoir. La jurisprudence, en la matière, applicable au débiteur est transposable à la caution dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire (étant

⁶⁴³ C'est à partir de 1994 que le législateur des procédures collectives a véritablement commencer à prendre en compte le sort de la caution.

⁶⁴⁴ F. Reille, *op. cit.* n°819 s. V. aussi, F. Pérochon, *op. cit.* n° 63.

entendu que la suspension des poursuites ne joue pas en la faveur de la caution dans la procédure de liquidation judiciaire).

426. Il en est ainsi des saisies mobilières contre la caution, il faut considérer que celles-ci sont paralysées par les dispositions des articles susvisés, L. 622-28 al.2 dans la sauvegarde et L. 631-14 dans le redressement judiciaire. Autrement dit, la suspension des procédures d'exécution contre la caution s'applique tant que la saisie, dont ses biens font l'objet, n'a pas produit ou commencé à produire (pour les saisies de créances à exécution successive) ses effets antérieurement à l'ouverture de la procédure. Les précisions précédemment apportées⁶⁴⁵ concernant la situation du débiteur sont ici applicables à la caution, de telle sorte que la jurisprudence y afférente lui est également transposable. Par exemple, dans le cadre d'une saisie vente des meubles corporels de la caution, on admettra que tant que les biens saisis n'auront pas fait l'objet d'une vente avant l'ouverture de la procédure, la suspension des poursuites contre la caution s'appliquera à elle tant dans la procédure de sauvegarde que dans celle de redressement judiciaire.

427. Aussi, s'agissant de la saisie immobilière, le raisonnement tenu dans nos précédents développements relatifs à l'interdiction des procédures d'exécution contre le débiteur sera ici réitéré et maintenu⁶⁴⁶. De ce fait, il convient de noter que la saisie immobilière pratiquée contre la caution alors même que le jugement d'adjudication n'est pas intervenu avant l'ouverture de la procédure est soumise à la règle de la suspension des poursuites contre la caution. C'est dans ce sens qu'un auteur⁶⁴⁷ rappelle qu'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a pu décider que « la procédure de saisie immobilière engagée contre la caution d'un débiteur en redressement judiciaire pouvait être suspendue pendant la période d'observation (...) ».

428. En l'espèce, deux cautions, dirigeants de société, sont poursuivies par un établissement de crédit qui a engagé contre elles une procédure de saisie immobilière. Avant la date fixée pour l'adjudication, les cautions ont déposé un incident, versé aux débats dans le cadre des jugements d'ouverture des redressements judiciaires des sociétés garanties. Elles ont également sollicité la suspension de la procédure de saisie immobilière, en se prévalant des dispositions de l'article L.621-48 (actuel article L.622-28) prévoyant la suspension des poursuites de toute action contre

⁶⁴⁵ V. *supra* n° 408 s.

⁶⁴⁶ V. *supra* n° 409 s.

⁶⁴⁷ P-M. Le Corre, *op. cit.* n°712.23.

les cautions personnelles personnes physiques. La Haute juridiction a donc suspendu la saisie immobilière contre ces cautions avant que celle-ci n'eût produit légalement ses effets bien que cela ne ressorte pas expressément dans le dispositif de l'arrêt. Il s'agit là d'une transposition d'une position de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation retenue en faveur du débiteur⁶⁴⁸.

429. Au regard de ce qui précède, on relève une application partielle de la théorie de l'accessoire, compte tenu de l'identité de régime entre l'immunité judiciaire applicable au débiteur et celle applicable à la caution sous réserve de certaines restrictions légales (mesures conservatoires que le créancier peut prendre contre la caution)⁶⁴⁹. La situation de la caution est alignée sur celle du débiteur, car les deux bénéficient de la suspension des poursuites. Néanmoins, cette identité, qui sert l'anticipation des difficultés, contraste avec une application imparfaite de la même théorie du fait de la formulation de la règle dans un article autonome et sans renvoi de l'article L. 622-21 du code de commerce. Un écueil formel que semble avoir évité le législateur OHADA depuis la réforme de l'AUPC de 2015.

II. La suspension des procédures d'exécution au sens du droit OHADA

430. Comme en droit français, la règle de la suspension des poursuites implique non seulement la suspension des actions en justice, mais aussi celle des voies d'exécution sur les meubles ou les immeubles du débiteur⁶⁵⁰. Est paralysée par la règle de la suspension, toute action du créancier antérieur visant à contraindre le débiteur à exécuter son obligation⁶⁵¹ de paiement. La règle de la suspension des procédures d'exécution au sens du droit OHADA concerne, comme en droit français, aussi bien le débiteur (a) que la caution (b).

a. La suspension des procédures d'exécution contre le débiteur

431. La suspension des procédures d'exécution contre le débiteur est prévue dans le cadre du règlement préventif⁶⁵² et dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens⁶⁵³. Dans la

⁶⁴⁸ Civ. 2^e, 24 mars 1993, Bull. civ. II, n° 128.

⁶⁴⁹ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 730.

⁶⁵⁰ Art. 75 al. 1 AUPC.

⁶⁵¹ Art. 28 al.1 AURVE.

⁶⁵² Art. 9 al. 2 AUPC

⁶⁵³ Art. 75 al. 5 AUPC

première situation, l'article 9 dispose que la règle de « la suspension des poursuites concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires, y compris toute mesure d'exécution extrajudiciaire ». Tandis que, dans la seconde, l'article 75 alinéa 2 indique que la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens « arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant la décision ». Selon qu'il s'agit d'un règlement préventif ou d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens, le législateur emploie des termes différents pour indiquer le contenu de la règle générale de la suspension des voies d'exécution. Dès lors, on peut légitimement se poser la question de savoir si le contenu de la règle est le même dans toutes les procédures. Le doute peut être permis si l'on considère la lettre des textes. C'est pourquoi avant d'examiner la mise en œuvre de la règle de la suspension des poursuites et des voies d'exécution (2), il convient de préciser son contenu (1).

1. La précision du contenu de la règle

432. Comme en droit français, la règle de la suspension vise les voies d'exécution. En cas de non-respect de cette règle, le débiteur pourrait obtenir mainlevée de la saisie pratiquée par le créancier. En droit OHADA, la règle de la suspension des voies d'exécution contre le débiteur est prévue dans trois procédures, le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Dès lors, la question qui se pose ici est de savoir si l'on doit prendre en compte le fait que des termes différents sont utilisés par le législateur communautaire OHADA, on sait l'importance du sens d'un mot en droit. En effet, selon la procédure collective concernée, on observe une variation du vocabulaire emprunté par le législateur OHADA pour aborder la règle de la suspension des poursuites et des voies d'exécution. Autrement dit, la question que nous nous posons est de savoir si les choix de l'AUPC d'utiliser les « voies d'exécution » dans le règlement préventif, et les « procédures d'exécution » dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens, revient à dire la même chose, ou doit on prendre ces textes à la lettre ?

433. En réalité, telles que formulées dans l'AUPC, les notions de procédures d'exécution et de voies d'exécution, qu'elles soient judiciaires ou non, y compris les mesures conservatoires, paraissent distinctes à tel point que l'on est tenté de croire que les articles 9 et 75 de l'AUPC ne

désignent pas les mêmes actions. Et, l'absence de définition de ces termes par le législateur communautaire africain ou le droit local de chaque Etat membre de l'OHADA ne nous aide pas davantage dans ce sens.

434. Pourtant, à y regarder de plus près, on peut se rendre compte que les articles 9 et 75 renvoient à la même réalité celle de la suspension des procédures d'exécution. D'emblée, notons que les notions de « voies d'exécution », de « mesures conservatoires » et de « mesures d'exécution extrajudiciaire » font partie intégrante de la notion plus globale de « procédure d'exécution » au sens large du terme. Pour mieux la comprendre quoi de plus naturel que de la définir premièrement.

435. Dans un premier temps, le terme « procédure » est défini par deux auteurs, non pas comme « une instance judiciaire pendante devant le tribunal, mais dans son sens étymologique le plus large comme étant une façon d'avancer en accomplissant des actes »⁶⁵⁴ qui peuvent être judiciaires ou non. Abondant dans ce sens, le dictionnaire de la culture juridique met en évidence l'existence d'une procédure au sens d'une instance, mais aussi celle hors d'un procès⁶⁵⁵. Dans un second temps, le terme « exécution » est pour sa part défini, dans le même dictionnaire, comme « la réalisation d'une obligation ou d'un devoir juridique, le processus qui permet de faire passer le droit dans les faits, de faire coïncider ce qui est et ce qui doit être ». En ce sens, on peut définir la procédure d'exécution comme des moyens de droit qui, avec ou sans l'intervention d'un juge, permettent de réaliser une obligation ou un devoir juridique ou qui permettent encore de faire passer le droit dans les faits « en surmontant l'inertie ou la mauvaise volonté d'un débiteur qui se déroberait, ou pourrait se dérober, à l'exécution de ses obligations »⁶⁵⁶.

436. Cette définition est celle qui correspond à l'esprit des dispositions des articles 9 et 75 sus mentionnés. En conséquence, la procédure d'exécution telle que définie est une notion plus large qui englobe les notions plus restrictives de voies d'exécution, de mesure d'exécution extrajudiciaire et de mesure conservatoire. En mettant en exergue le caractère judiciaire et extrajudiciaire de la procédure d'exécution, elle permet d'y inclure les voies d'exécution forcée *stricto sensu* que le législateur OHADA ne définit pas, mais qui consistent, en résumé, en la vente ou l'attribution d'un bien saisi au profit du créancier. Leur siège est le Livre II de l'AURVE. Elle

⁶⁵⁴ R. Perrot et Ph. Théry, Procédures civile d'exécution, D. 2000, n° 1, p. 3 (introduction).

⁶⁵⁵ Dictionnaire de la Culture juridique, sous la direction de D. Alland et S. Rials, p. 1216 s.

⁶⁵⁶ R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.* n° 2, p. 4.

permet également d'y inclure celles non judiciaires qui ne sont pas expressément désignées comme telles dans le Livre II et que l'on peut en revanche retrouver dans d'autres Livres et Actes Uniformes autres que l'AURVE. Il peut ainsi s'agir de la saisie conservatoire, d'un acte notarié revêtu de la formule exécutoire, d'un protêt établi dans l'hypothèse d'un chèque revenu impayé, d'un procès-verbal de conciliation assorti de la formule exécutoire.

437. En outre, en évoquant *in fine* le risques d'insolvabilité du débiteur de mauvaise volonté, et donc la nécessité de conserver le patrimoine du débiteur, gage général des créanciers, cette définition de la procédure d'exécution englobe les mesures conservatoires énoncées dans l'article 9 susmentionné. Il peut aussi bien s'agir de l'apposition des scellés que des saisies conservatoires contenues dans le Titre II du Livre II intitulé Voies d'exécution. Ce terme doit donc être considéré dans son sens le plus large. Dès lors, on ne peut s'empêcher de s'interroger sur la nécessité d'utiliser toutes ces notions en allant d'une procédure à l'autre, alors qu'il aurait été plus simple, surtout dans le contexte africain dans lequel l'interprétation d'une règle de droit est un dur labeur pour divers magistrats et encore plus pour les gérants des PME – PMI, de ne considérer que l'une d'entre elles. Il en va de l'homogénéité des textes et de leur meilleure lisibilité, car celle-ci peut favoriser la prise de décision, rapide, d'un dirigeant d'entreprise de solliciter l'ouverture précoce de la procédure. Un objectif théoriquement assigné à la procédure de règlement préventif. Certes, cette erreur sémantique peut être sans incidence dans la pratique, mais il vaut mieux une disposition claire et simple qu'un article équivoque.

438. En tout état de cause, la notion de voies d'exécution retenue dans la règle de la suspension des voies d'exécution doit être prise dans le sens de procédures d'exécution, notion au demeurant plus contemporaine. Cette précision apportée nous pouvons examiner celles visées par cette règle.

2. La mise en œuvre de la règle de la suspension des procédures d'exécution

439. Comme en droit français, la règle vise les voies d'exécution contre la caution n'ayant pas produit leurs effets c'est-à-dire celles qui n'ont pas encore donner satisfaction totale à leur auteur, notamment par le paiement. De ce point de vue, le législateur africain n'a fait que maintenir une logique antérieure à l'Acte Uniforme sur les procédures collectives⁶⁵⁷. Or, pour qu'elle produise

⁶⁵⁷ V. *Supra* n° 95 s.

ses effets légaux définitivement, une saisie conservatoire doit être convertie en saisie-vente⁶⁵⁸ (art. 69 AURVE) ou en saisie-attribution. C'est la raison pour laquelle toute action en conversion d'une saisie conservatoire en saisie-vente exercée par un créancier avant l'ouverture de la procédure sera suspendue⁶⁵⁹. Une telle saisie fera alors l'objet d'une mainlevée⁶⁶⁰. Une saisie vente produit ses effets définitifs, comme en droit français⁶⁶¹, par la vente du bien objet de la saisie⁶⁶².

440. L'article 75 alinéa 2 de l'AUPC dispose, comme en droit français⁶⁶³, que les procédures de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant l'ouverture de la procédure sont suspendues. Il va donc de soi que la procédure de distribution qui est achevée ne peut plus être suspendue en application de la décision qui avait été arrêtée en droit français pour l'ancienne procédure de distribution jadis applicable dans les législations nationales antérieures. L'hypothèse ici est celle d'une procédure de distribution du prix de vente d'un bien meuble ou immeuble entre les créanciers inscrits ou privilégiés avant l'ouverture de la procédure collective. Il faut distinguer deux situations : si la distribution du prix de la vente est conventionnelle, conformément aux dispositions de l'article 325 AURVE, la procédure de répartition prendra fin par le règlement des créanciers qui doit être effectué dans un délai de quinze jours à compter de la réception de l'accord intervenu entre les différents créanciers. Dans cette hypothèse, l'ouverture d'une procédure collective entraînera la suspension de la procédure de distribution, tant que ce délai n'a pas couru.

441. Par ailleurs, si les créanciers ne sont pas parvenus à un accord, et que la décision judiciaire de répartition du prix n'est pas exécutée, l'ouverture de la procédure collective entraînera sa suspension. Néanmoins, l'AURVE ne nous renseigne pas sur le moment exact de l'achèvement de la procédure de distribution contrairement au droit français⁶⁶⁴. Il existe comme un goût

⁶⁵⁸ De ce point de vue il faut observer avec le Pr N. Diouf que la conversion de la saisie conservatoire en saisie vente ne nécessite pas une procédure particulière, elle « s'effectue par l'huissier ou l'agent d'exécution sur la base d'un titre exécutoire obtenu par le créancier à la suite d'une procédure distincte de celle ayant abouti à la saisie conservatoire », comm. Art. 69 AUS.

⁶⁵⁹ TRHC Dakar, 8 mai 2001, n° 852, Ohadata J-02-169.

⁶⁶⁰ Com. 31 mars 1998, Rev. proc. Coll. 1998, n° 139, obs. Perrot ; Com. 2 fév. 1999, D. 1999, IR 63, cités par F. M. Sawadogo, *op. cit.* n° 210.

⁶⁶¹ V. *supra* n° 413.

⁶⁶² Cass. Civ. 2^e, 19 mai 1998, D. 1998, p. 405, conclusions Tatu.

⁶⁶³ Art. L. 622-21-II et R. 622-19 C. com.

⁶⁶⁴ V. en ce sens G. Couchez, *Voies d'exécution*, Armand clin 2003, 7^e éd., n° 536 et s. ; M. Donnier et J.B. Donnier, *op. cit.* n° 1858, p. 591 ; R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.* n° 926 et s.

d'inachevé dans cette procédure, car les dispositions sont incomplètes et cela est regrettable. Au moment où le législateur OHADA entame les travaux visant à réformer l'AURVE, il faut espérer qu'il corrige cette erreur.

442. Dans tous les cas, on peut supposer que cette procédure de distribution ne prendra fin qu'une fois que la décision de distribution sera passée en force de chose jugée et que les sommes dues et colloquées seront sorties du patrimoine du débiteur⁶⁶⁵. Tant que le règlement définitif des sommes dues et colloquées n'a pas eu lieu la procédure de distribution du prix peut être suspendue dès la décision relative à la procédure collective.

443. Ensuite, contrairement à d'autres saisies, la saisie-attribution a ceci de particulier qu'elle emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant. De ce point de vue, si elle peut être interdite au sens de l'article 75, elle ne peut être suspendue nonobstant la survenance d'une décision d'ouverture de la procédure. En d'autres termes, une saisie-attribution pratiquée avant ou à l'ouverture de la procédure échappe à la suspension des poursuites. À ce propos, il convient de relever que le droit français des entreprises en difficulté adopte une solution distincte⁶⁶⁶. De plus, s'agissant des créances à exécution successive, la jurisprudence française décide que la saisie attribution, dont elles font l'objet, résiste au jugement d'ouverture de la procédure. Dès lors, même pratiquée avant l'ouverture de la procédure, la saisie-attribution d'une créance à exécution successive poursuit ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance après ledit jugement⁶⁶⁷. Rien ne semble s'opposer à ce que cette jurisprudence soit transposable en droit africain.

444. Enfin, le créancier qui a recours à une mesure conservatoire entend préparer une mesure d'exécution forcée ultérieure. Il s'agit pour lui de préserver le droit de gage général qu'il détient sur le patrimoine de son débiteur. Il veut être sûr que la SPI à l'égard du débiteur ne conduira pas ce dernier à dilapider son patrimoine. La mesure conservatoire constitue donc un gage de sauvegarde des droits de son auteur⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ M. Donnier et J.B. Donnier, *op. cit.* ; G. Couchez, *op. cit.* n° 538.

⁶⁶⁶ V. *Supra* n° 95.

⁶⁶⁷ Civ. 1^{ère}, 10 juill. 1996, D. 1996, 625, note Ancel ; JCP 1996, II, 22723, note Putman ; Rev. proc. coll. 1997, 42, obs. Canet.

⁶⁶⁸ Art. 28 al. 1 AURVE ; V. également M. Donnier et J.B. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec 2001, 6^e éd., n° 378, p. 131.

445. Dans l'AUPC, l'article 9 alinéa 2 indique que les mesures conservatoires sont suspendues au même titre que les voies d'exécution (judiciaires) et les mesures d'exécution extrajudiciaires. Si les mesures conservatoires ne sont perçues en droit OHADA que par leur finalité, le législateur ne les définissant guère, il s'agit essentiellement de celles que le créancier peut prendre sur le patrimoine du débiteur pour préserver ses propres intérêts. Il ne s'agit donc pas des mesures que le syndic ou le juge commissaire est susceptible de prendre pour protéger les droits du débiteur en difficulté contre ses propres débiteurs⁶⁶⁹.

446. Par ailleurs, il faut convenir que les mesures conservatoires consistant dans l'apposition des scellés sur les coffres, portefeuilles ou magasins du débiteur sont suspendues. On peut également penser qu'il en sera de même des inscriptions des sûretés mobilières ou immobilières soumises à publicité mêmes si celles-ci tombent sous le coup de l'interdiction des inscriptions qui frappent les créanciers aussi bien en droit français⁶⁷⁰ qu'en droit OHADA.

447. De façon plus générale, toutes les mesures conservatoires déterminées au Titre II du Livre II de l'Acte Uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution sont soumises à la règle de la suspension des poursuites et des voies d'exécution. Ses saisies ayant pour but de rendre indisponibles certains biens mobiliers corporels ou incorporels appartenant au débiteur, car elles pourraient contrarier les chances de sauvegarde de l'entreprise en difficulté.

Sont ainsi visées trois types de saisies conservatoires :

- La saisie conservatoire des biens meubles corporels
- La saisie conservatoire des créances
- La saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières

⁶⁶⁹ Art. 54 s. AUPC ; V. également F.M. Sawadogo et J. Bougouma, Organisation des procédures collectives d'apurement du passif, doc. ERSUMA-session de formation des formateurs des magistrats du 18 au 30 mai 2001, p. 64 et s. ; Il s'agira essentiellement pour le syndic d'accomplir des actes conservatoires permettant de préserver la consistance du patrimoine du débiteur dans l'intérêt de la procédure. Il en est par exemple ainsi de « l'inscription des sûretés mobilières et immobilières soumises à publicité qui n'a pas été requise par le débiteur lui-même » (art. 54 al.2). Ou pour le juge commissaire de procéder à l'apposition des scellés sur les biens du débiteur, voire de ceux des dirigeants des personnes morales et des associés tenus indéfiniment et solidairement du passif social afin d'éviter leur dilapidation ou leur disparition.

⁶⁷⁰ Art. L. 622-30 al. 1^{er} C. com.

A celles-ci, il faut y adjoindre la saisie-revendication qui est une forme de saisie conservatoire contenue quant à elle dans le Titre VI du même Livre, et qui constitue un préalable à une saisie-appréhension. Dans ce cas, elle sera suspendue, qu'elle ait été convertie en saisie-appréhension ou non, au même titre que toutes les voies d'exécution qui n'ont pas produit leurs effets définitifs contre le débiteur et désormais contre la caution personne physique.

b. La suspension des procédures d'exécution contre la caution personne physique

448. Avant la récente réforme de l'AUPC du 10 septembre 2015, la caution ne bénéficiait pas de la règle de la suspension des voies d'exécution. Le droit OHADA se distinguait en ce sens du droit français des entreprises en difficulté. De la même façon qu'elle ne bénéficiait pas de la règle générale de la suspension des poursuites, elle ne pouvait pas plus bénéficier de celle des voies d'exécution. Il était donc aisé pour le créancier titulaire d'un titre exécutoire d'opérer des saisies sur le patrimoine de la caution aussi bien dans le cadre du règlement préventif que dans celui du redressement judiciaire et de la liquidation des biens. De même, il ne lui était pas interdit de pratiquer des mesures conservatoires à son encontre lorsqu'il ne disposait pas d'un titre exécutoire.

449. Cette situation qui était favorable au créancier correspond à celle qui prévalait en droit français sous l'empire de la législation antérieure à 1994, l'article 47 alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985 ne s'appliquant pas à la caution. Dans un souci d'attractivité juridique qui est celui des différents Etats, il est clair que cette mesure était incitative pour les investisseurs. Et malgré les changements apportés en droit français en ce sens par la réforme du 10 juin 1994, l'AUPC originel avait maintenu la règle du refus du bénéfice de la suspension des poursuites et des voies d'exécution à la caution, dans la plupart des Etats membres de l'OHADA, car elle était parfaitement compatible avec l'objectif originel du traité OHADA, celui de la protection des créanciers-investisseurs.

450. Cependant, il convient de relever que, comme dans la loi française, l'absence de suspension des poursuites et des voies d'exécution à l'égard de la caution a survécu à la récente réforme de l'AUPC de 2015. Il est toujours possible au créancier de pratiquer des saisies sur les biens de la caution qu'elle soit réelle ou personnelle. Simplement, le principe n'est plus absolu, le législateur communautaire, à la suite du législateur français, prévoit la suspension des poursuites et des voies

d'exécution au seul bénéfice de la caution personne physique⁶⁷¹. La caution personne morale reste ainsi soumise au principe traditionnel et originel du maintien des poursuites et des voies d'exécution contre la caution durant la procédure collective.

451. On ne reviendra pas sur les raisons du choix en faveur de la caution personne physique, ce sont celles que nous avons déjà évoquées dans les développements qui précèdent. Il en résulte une nouvelle situation faite à la caution personne physique, seule à bénéficier de la suspension des poursuites et des voies d'exécution. Dans cette optique, notons, de prime abord, que la jurisprudence africaine, qu'elle soit étatique ou communautaire, offre malheureusement très peu d'illustrations permettant d'apprécier l'impact de la nouvelle mesure. Notre analyse sera donc purement doctrinale et naturellement comparative.

452. La décision d'ouverture du règlement préventif entraîne, à l'égard du débiteur principal, la suspension des voies d'exécution et des mesures conservatoires, ou de manière plus générale, celle des procédures d'exécution⁶⁷². En décidant que la caution personne physique peut se prévaloir des dispositions de l'article qui consacre cette solution dans le règlement préventif, le législateur africain permet à cette catégorie de cautions de se soustraire des poursuites auxquelles elles ont toujours été soumises. Seule la caution personne morale reste comme sous l'ancien droit soumises aux poursuites des créanciers.

453. Au demeurant, on peut relever que les voies d'exécution contre la caution personne physique sont suspendues. Les voies d'exécution doivent être interprétées ici au sens strict. Qu'elles soient judiciaires ou non, il s'agit essentiellement de celles qui sont prévues dans le Livre II de l'AURVE intitulé « Voies d'exécution ». Le principe est ici le même qu'en droit français, en ce sens les arrêts précédemment examinés dans ce cadre sont transposables en droit OHADA. Très généralement toutes les voies d'exécution qui n'auront pas produit leurs effets définitifs, le principe valant pour le débiteur, seront suspendues, et leur mainlevée pourrait être obtenue par la caution personne physique. Par exemple, s'agissant particulièrement de la situation d'une caution réelle personne physique, on retiendra la suspension d'une saisie immobilière

⁶⁷¹ La suspension des poursuites et des voies d'exécution à l'encontre de la caution personne physique est majeure en ce sens que, d'une part, dans la pratique elle touche la plupart des cautions fournies par le débiteur. Les personnes morales se portent très peu caution dans la majorité des États. D'autre part, elle est majeure, car elle concerne, comme en droit français, les dirigeant caution des entreprises en difficulté. Or, ouvrir précocement une procédure est fondamental, et, sans leur implication et adhésion, le succès de la prévention des difficultés est difficilement envisageable.

⁶⁷² C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 693.

pratiquée sur l'immeuble qu'elle a affecté en garantie⁶⁷³. L'acte notarié, relatif au cautionnement, et qui n'engage pas la caution sur l'ensemble de son patrimoine, mais seulement sur l'immeuble hypothéqué, constitue un titre exécutoire autorisant les poursuites de la saisie immobilière⁶⁷⁴. C'est là un des cas de voies d'exécution extrajudiciaire dont fait mention le législateur OHADA.

454. Par ailleurs, telle que formulée, la règle signifie que les créanciers ne peuvent pas prendre des mesures conservatoires à l'égard de la caution personne physique, ce qui semble distinguer le droit français du droit OHADA. En d'autres termes, la caution personne physique a l'opportunité et la liberté pour organiser son insolvabilité pendant près de 4 mois au maximum en application de l'alinéa premier de l'article 9. Réelle volonté du législateur ou erreur de plume, la question se pose d'autant que l'on sait que les Actes uniformes sont organisés autour de la défense des intérêts des créanciers ou de la protection des investisseurs. Ce qu'une telle mesure ne favorise pas. En effet, elle nous apparaît comme étant surprenante et contreproductive, car l'idée de la suspension des poursuites n'est pas de faire perdre une chance au créancier de recouvrer sa créance auprès de la caution, ou encore de lui faire perdre sa garantie notamment lorsqu'il s'agit d'une caution réelle qui affecte un de ses biens en garantie.

455. En outre, même si l'on considère que la règle est incitative pour le dirigeant caution qui ne saurait être inquiété par le créancier, il demeure qu'une mesure conservatoire ne constitue pas une mesure d'exécution forcée. Le dirigeant caution ne risque donc pas de voir son bien sortir définitivement de son patrimoine. La mesure conservatoire a simplement pour but de rendre le bien saisi indisponible entre les mains du débiteur qui en conservera la jouissance. Et quand bien même il n'en conserverait pas la jouissance, il en garderait toujours la propriété conformément aux dispositions de l'article 57 AURVE⁶⁷⁵. Il ne peut donc pas s'agir d'une mesure incitative pour le dirigeant caution, à tout le moins elle serait insuffisante.

456. Dans le cadre du redressement judiciaire, l'article 75-1 NAUPC dispose expressément que la décision d'ouverture du redressement judiciaire suspend toute action contre les personnes physiques caution notamment. La particularité de cet article réside dans la généralité des termes employés pour consacrer la règle de la suspension des poursuites. D'emblée, la suspension des

⁶⁷³ *Contra* en droit commun : Civ. 2^e, 6 juin 1996, Juris-Data n° 002312.

⁶⁷⁴ V. en ce sens, d. français : M. Donnier et J.B. Donnier, *op. cit.* n° 1243.

⁶⁷⁵ Une saisie conservatoire des créances rend la somme d'argent saisie indisponible à concurrence du montant autorisé par la juridiction compétente ou, lorsque cette autorisation n'est pas nécessaire, à concurrence du montant pour lequel la saisie a été pratiquée.

voies d'exécution ne découle pas de source. Dans la mesure où la loi ne distingue pas, il faut considérer que « toute action » renvoie aussi bien aux actions en judiciaires qu'aux actions extrajudiciaires, aux actions en paiement comme aux actions en exécution d'un titre, peu importe son origine, que détient le créancier à l'encontre de la caution. Il s'agit donc aussi bien des actions en paiement précédemment évoquées que des voies d'exécution. A ce propos, la règle de la suspension est la même que celle retenue dans le cadre du règlement préventif. Nous n'y apporterons donc pas d'observations supplémentaires. En revanche, l'alinéa 2 du même article 75-1 exclut les mesures conservatoires du champ d'application de la règle de la suspension des voies d'exécution contre la caution personne physique sans distinction.

457. En tout état de cause, qu'il s'agisse d'une caution personne physique ou d'une caution personne morale, d'une caution solidaire ou d'une caution simple ou d'une caution réelle, le créancier, dont l'exercice du droit de créance est suspendu, est autorisé à prendre des mesures conservatoires à leur encontre. L'objectif est de permettre à ce dernier de préserver la consistance du patrimoine du débiteur, afin d'y trouver « un gage suffisant pour obtenir l'exécution de ce qui lui est dû »⁶⁷⁶. En l'état actuel des textes, c'est seulement lorsque le débiteur aura cessé ses paiements que le créancier sera admis à pratiquer, à l'encontre de la caution, une saisie conservatoire qui porte exclusivement sur les biens mobiliers corporels ou incorporels⁶⁷⁷. Le créancier aura le choix entre une saisie conservatoire de biens meubles corporels, une saisie conservatoire des créances, ou encore une saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières et enfin celui d'une saisie-revendication⁶⁷⁸.

458. Le constat qui se dégage est que l'application de la règle de la suspension des poursuites opère une dualité de régime entre la caution personne physique et la caution personne morale, tant en droit français qu'en droit OHADA. Avantagieuse à la première, elle reçoit une approche souvent nuancée en droit OHADA. Ainsi, sans être fondamentalement différentes en droit français et en droit OHADA, ces nuances sont le reflet d'une approche distincte en l'occurrence de l'application de la théorie de l'accessoire.

⁶⁷⁶ R. Perrot et Ph. Théry, *op. cit.* n° 750.

⁶⁷⁷ Art. 54 s. AURVE.

⁶⁷⁸ V. *supra* n° 447 s.; V. également art. L. 222-2 CPC

Paragraphe 2. Une approche distincte de l'application de la théorie de l'accessoire

459. La règle de l'accessoire dans les procédures collectives n'est pas d'une application absolue. Ce que plusieurs auteurs relèvent d'ailleurs. Elle reçoit plusieurs exceptions aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, sans que les deux systèmes juridiques n'adoptent la même approche dans leur technique normative. Tantôt, assumée, tantôt cohérente, l'application de la théorie de l'accessoire, eu égard à l'extension de la règle de la suspension des poursuites à la caution personne physique, laisse songeur. Certes, il est généralement observé que la règle de l'accessoire est instrumentalisée par le législateur dans les procédures collectives⁶⁷⁹, cela n'empêche pas que cette instrumentalisation doit faire l'objet d'une démarche cohérente et assumée. Or, à y regarder de plus près, elle paraît cohérente en droit français, d'où l'approche unique qu'il adopte dans sa technique normative, ce qui se caractérise par l'instauration d'une suspension des poursuites et des voies d'exécution propre à la caution (A). Tandis qu'en droit OHADA, elle paraît ambiguë au point qu'il existe une double approche de la règle (B).

A. Une approche unique en droit français : instauration d'une règle de la suspension des poursuites propre à la caution

460. Durant la législation antérieure à la loi n°85-98 du 25 janvier 1985, le sort de la caution du débiteur en procédure n'a jamais semblé préoccuper le législateur français de la faillite. Une fois la procédure ouverte contre le débiteur principal, la caution se trouvait au centre de toutes les convoitises des créanciers. Ne bénéficiant d'aucune protection particulière, elle était très souvent automatiquement visée par les créanciers titulaires de cautionnement et donc plus durement traitée que le débiteur principal. Si une telle situation semblait normale au vu de la finalité de son engagement de payer le créancier en cas de défaillance du débiteur⁶⁸⁰, le législateur s'est très vite aperçu que se désintéresser de la situation de la caution, généralement gérant de l'entreprise en difficulté, constituait un obstacle au redressement de celle-ci par la prévention. En effet, faute d'une protection de son patrimoine, et d'une mise à l'abri des poursuites des créanciers, le

⁶⁷⁹ N. Picod, *op. cit.* n° 11 s.

⁶⁸⁰ Ce qui est normal du point de vue de la finalité du cautionnement constitue un obstacle à l'application de la théorie de l'accessoire dès lors qu'elles défendent des intérêts opposés. La finalité du cautionnement consiste à protéger le créancier de l'insolvabilité du débiteur et donc à poursuivre la caution si le débiteur est défaillant, tandis que la théorie de l'accessoire, de façon générale, tend à protéger la caution jusqu'à l'exonérer de son obligation lorsque cela est nécessaire (extinction du cautionnement par voie accessoire).

dirigeant caution effectuait systématiquement des dépôts tardifs de bilan, ce qui rendait difficile voire impossible le traitement préventif des difficultés de l'entreprise et par voie de conséquence son redressement⁶⁸¹.

461. Faut-il rappeler que dès 1994 le législateur s'est employé à résoudre cette difficulté en accordant à la caution personnelle⁶⁸² personne physique le moyen de droit de s'affranchir des poursuites des créanciers, au même titre que le débiteur principal. En ce sens le « jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation toute action contre la caution », mais uniquement « les cautions personnelles personnes physiques⁶⁸³. La situation de la caution personne physique était ainsi alignée sur celle du débiteur durant la période d'observation, d'où l'application du principe de l'accessoire. Elle ne semble donc pas *a priori* tirer cette immunité de la règle de l'arrêt des poursuites des créanciers contre le débiteur⁶⁸⁴. Et pour soutenir cette position, la distinction de base légale entre cette dernière règle et celle de la suspension des poursuites contre la caution⁶⁸⁵, est généralement rappelée.

462. Aussi, l'article L.622-28 alinéa 2, et suivants, ne semble faire référence à l'arrêt des poursuites contre le débiteur, ni (par renvoi) aux dispositions de l'article L. 622-21 qui le consacre, de telle sorte que ces deux règles peuvent paraître indépendantes et opposées c'est-à-dire sans aucun rapport. Et par voie de conséquence, on pourrait déduire l'absence d'application de la théorie de l'accessoire. Pourtant, si effectivement l'on tient compte uniquement de cette distinction de fondement légal, on déduira sans risque de se tromper que la consécration des dispositions particulières relatives à la suspension des poursuites contre la caution constitue une dérogation à la théorie de l'accessoire.

463. La règle de l'arrêt des poursuites des créanciers contre le débiteur ne s'applique pas à la caution ainsi que le souligne la doctrine⁶⁸⁶. On peut considérer que les deux règles poursuivent le

⁶⁸¹ Rapp. F. Houillon, préc.

⁶⁸² Par opposition à la caution réelle abandonnée en droit français grâce à un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation en date du 2 déc. 2005 ou la caution dite hypothécaire en droit OHADA, distinction toujours en cours.

⁶⁸³ Art. 38-I de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

⁶⁸⁴ Art. L.622-21 C. co

⁶⁸⁵ Art. L.622-28 C. com. (ancien art. 55 de la loi de 1985, préc.)

⁶⁸⁶ P.M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* n° 721.111 : pour l'auteur, dès lors que la caution elle-même n'est pas soumise à une procédure collective, elle ne peut profiter des mesures caractéristiques de la discipline collective.

même objectif, celui d'accorder à leurs bénéficiaires une immunité judiciaire dans la procédure. L'esprit de l'article L.622-2 du code de commerce n'est pas fondamentalement différent de celui de l'article L. 622-28 alinéa 2. Il s'agit d'empêcher les créanciers antérieurs à la procédure de poursuivre le débiteur et la caution personne physique durant la procédure⁶⁸⁷.

464. Il en résulte que la règle de la suspension des poursuites contre la caution permet à cette dernière de ne pas être plus durement traitée que le débiteur, conformément à l'article 2290 du code civil. La théorie de l'accessoire subordonne l'étendue de l'engagement de la caution à celui du débiteur principal de telle sorte que l'engagement de celle-ci ne peut être exécuté à des conditions plus strictes. Or, permettre au créancier de poursuivre la caution alors qu'il ne le peut contre le débiteur constituerait une entorse à cette règle. La suspension des poursuites contre la caution constitue par conséquent une application de la théorie de l'accessoire par sa finalité.

465. La règle *accessorium sequitur principale* implique que toute mesure particulière prise au profit du débiteur a une influence sur l'engagement de la caution, et si elle produit un déséquilibre de traitement entre ces deux derniers, la théorie de l'accessoire suggère de rétablir l'équilibre qui aurait dû prévaloir. Cela évite de traiter plus durement la caution, ce qui est par ailleurs conforme aux dispositions de l'article 2313 du code civil. C'est dans ce sens que l'alinéa 3 de l'article 2290 dispose que « Le cautionnement qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses (...) est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale ». Autrement dit, la règle de l'accessoire poursuit donc un impératif de justice contractuelle⁶⁸⁸ que semble rétablir la suspension des poursuites contre la caution par un alignement de la situation de cette dernière sur celle du débiteur. Autrement dit, le principe de refus du bénéfice à la caution de l'immunité judiciaire, dont bénéficie le débiteur, est considéré comme une injustice (rupture de l'équilibre préexistant) dès lors qu'il crée une situation nouvelle entre le débiteur et la caution et surtout si elle est défavorable à cette dernière. L'application de la théorie de l'accessoire permet d'accorder à la caution la même immunité.

466. Toutefois, la question que l'on peut se poser est de savoir quel regard peuvent porter sur le sujet les principaux acteurs des procédures collectives à la suspension des poursuites et des voies

⁶⁸⁷ Contrairement à la situation du débiteur, la suspension des poursuites contre la caution ne s'étend pas au-delà de la période d'observation de la procédure de redressement judiciaire, sauf délai de grâce résiduel, ainsi que nous le verrons dans la seconde partie de notre étude.

⁶⁸⁸ La théorie de l'accessoire suggère d'appliquer à la caution toute mesure nouvellement prise au profit du débiteur susceptible de détacher l'engagement de la caution du rapport fondamental et de la léser (le traiter plus durement).

d'exécution à laquelle ils sont astreints. Y adhèrent-ils ou non ? A cet effet, il convient d'avoir deux lectures. Premièrement, du point de vue du débiteur principal et du débiteur accessoire (la caution), cette règle signifie qu'ils ne seront pas poursuivis en paiement ou en exécution d'une obligation de paiement après l'ouverture de la procédure. Ni le débiteur principal ni la caution ne pourront être poursuivis par le créancier dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire nonobstant la distinction de base légale existant entre la suspension des poursuites contre la caution et l'arrêt des poursuites contre le débiteur. La situation de la caution (débiteur accessoire) est alignée celle du débiteur principal. Le premier n'étant pas plus durement traité que le second. Ce qu'implique d'ailleurs le principe de l'accessoire jusqu'à ce que la situation du débiteur soit favorable au redressement de l'entreprise.

467. Deuxièmement, du point de vue des créanciers, cela signifie que leur droit de poursuite est paralysé dès l'ouverture de la procédure et cela que ce soit contre le débiteur principal ou contre la caution. Les créanciers ne peuvent les poursuivre en paiement ou en garantie tant que la loi les protège. Le même sacrifice est demandé au créancier, qu'il s'agisse de l'application des dispositions de l'article L. 622-21 ou de celles de l'article L. 622-28 alinéa 2 du code de commerce. Pour celui-ci, dès l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, la situation de la caution, personne physique et celle du débiteur principal sont identiques *mutatis mutandis*. Ces deux cocontractants sont à l'abri de ses poursuites.

468. En tout état de cause, les articles L. 621-21 et L. 622-28 susvisés produisent les mêmes effets, que ce soient à l'égard du débiteur principal et de la caution, ou à l'égard du créancier. Ce constat joint aux précédentes analyses nous impose cependant une déduction pondérée et de considérer que la consécration, de façon spécifique, de la règle de la suspension des poursuites contre la caution ne remet pas en cause l'application du principe de l'accessoire. Dès lors, on pourrait s'interroger sur la raison pour laquelle le législateur français, contrairement à son homologue OHADA, a entendu distinguer les bases légales de ces deux règles d'immunité alors qu'elles produisent les mêmes effets. N'aurait-il pas simplement fallu considérer que la caution personne physique peut se prévaloir de la SPI de l'article L.621-21 du code de commerce ? Ou alors voulait-il marquer sa volonté de prendre en compte la situation de la caution, jusque-là oubliée des procédures ? Ou enfin, doit-on y voir un moyen pour le législateur d'exclure la caution personne morale du champ d'application de la suspension des poursuites ?

469. Ces interrogations se justifient par le fait que ni le législateur de la faillite, ni celui des entreprises en difficulté n'a entendu consacrer la suspension des poursuites contre la caution en faisant un simple renvoi des dispositions relatives à l'arrêt des poursuites contre le débiteur. C'est la raison pour laquelle il convient dès à présent de s'intéresser au fondement de cette distinction de base légale.

470. On pourrait soutenir qu'elle n'était pas nécessaire, même si le contraire n'a aucune influence pratique sur la situation de la caution, à première vue, car elle crée une double ambiguïté. La première est qu'elle tend à distinguer la règle de la suspension des poursuites opposable par le débiteur et celle opposable par la caution personne physique, alors que la seconde emprunte le régime de la première. Ce sont les règles qui gouvernent la suspension des poursuites contre le débiteur qui sont applicables à la caution personne physique dans les limites définies par le législateur. En ce sens, on n'aurait bien pu indiquer, comme nous l'examinerons en droit OHADA, que la caution personne physique peut se prévaloir de la SPI contre le débiteur tout en limitant cette application, car telle est en réalité le but poursuivi par le législateur.

471. La seconde ambiguïté, corollaire de la première, résulte des effets de la règle de l'arrêt des poursuites. On pourrait par exemple penser, sous réserve des limites définies par le législateur, que la suspension des poursuites contre la caution personne physique ne produit pas les mêmes effets que ceux de la même règle contre le débiteur. Ces effets ne peuvent se mesurer qu'à l'aune du droit de contrainte du créancier aussi bien envers le débiteur principal qu'envers la caution. Or, celui-ci, ainsi que précédemment indiqué, est expressément paralysé durant la période d'observation et implicitement durant l'exécution du plan de conciliation et du plan de sauvegarde. Ce qui démontre que la caution personne physique bénéficie en réalité de la suspension des poursuites contre le débiteur. On aurait donc pu se passer de cette distinction de forme de la restriction du droit de contrainte du créancier, comme l'a d'ailleurs fait le législateur OHADA. Celui-ci adopte cependant une nouvelle approche, double.

B. Une double approche en droit OHADA

472. L'examen de la double approche de l'application de la règle de la suspension des poursuites contre la caution dans le redressement judiciaire (III) et le règlement préventif (II) sera précédé

de l'analyse de l'abandon partiel de l'ancien principe absolu des poursuites immédiates contre la caution *in bonis* (I).

I. L'abandon partiel du principe absolu des poursuites contre la caution *in bonis*

473. Avant l'adoption du nouvel AUPC le 10 septembre 2015, les poursuites des créanciers du débiteur soumis à une procédure collective n'étaient ni interrompues ni interdites à l'égard de la caution. Celle-ci, sans distinction, pouvait être appelée en garantie dans toutes les procédures. Cette solution qui pouvait se recommander de la volonté du législateur OHADA de protéger, et donc d'attirer, les investisseurs dans l'espace OHADA, remettait en cause l'application du caractère accessoire de l'engagement de la caution. En revanche, elle mettait en exergue la prépondérance de l'aspect économique du cautionnement, comme ce fut jadis le cas en droit français sous l'empire de la législation antérieure à 1994. Toutefois, deux raisons expliquaient cette solution.

474. Dans un premier temps, il apparaissait que la suspension des poursuites individuelles des créanciers constituait une exception, dont seul le débiteur pouvait se prévaloir. Par conséquent, elle ne constituait pas une exception inhérente à la dette au sens du droit OHADA⁶⁸⁹ (a). En droit français on parlerait d'exception purement personnelle, une notion absente du droit OHADA⁶⁹⁰. Dans un second temps, une suspension des poursuites contre la caution était incompatible avec la prépondérance de la finalité du cautionnement chère au législateur de l'OHADA⁶⁹¹ (b).

a. La suspension des poursuites, une exception non inhérente à la dette au sens du droit OHADA

475. L'examen de la notion d'exception inhérente à la dette, empruntée au droit français, permettra de mieux comprendre la raison pour laquelle la caution ne peut se prévaloir en principe de la suspension des poursuites contre le débiteur. Cela peut sans doute paraître surprenant dans la mesure où il est plus naturel d'expliquer l'inapplication de la suspension des poursuites à la caution par la notion controversée en droit français d'exception purement personnelle au débiteur.

⁶⁸⁹ Art. 29 al. 1 AUS.

⁶⁹⁰ Il faut observer que l'avant-projet de réforme du droit français des sûretés suggère la suppression de cette distinction de la nomenclature du droit commun du cautionnement (V. en ce sens Association Henri Capitant, avant-projet de réforme du droit des sûretés, préc.).

⁶⁹¹ V. *supra* n° 80 s.

La raison est que toute mesure jugée d'exception purement personnelle au débiteur ne s'applique pas à la caution⁶⁹².

476. Pourtant, dans le cadre du droit OHADA, cette démarche nous paraît bien justifiée car le législateur africain, contrairement à son homologue français en l'état actuel, ne distingue pas expressément les deux notions précédemment évoquées. Seule la notion d'exception inhérente à la dette est consacrée en droit OHADA, notamment par les dispositions de l'article 29 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Il en résulte donc que toute exception non inhérente à la dette est inopposable à la caution. Par la mention de cette seule notion, le législateur africain a évité de tomber dans le débat qui a divisé la doctrine française à propos du contenu à donner à ces deux notions consacrées par l'article 2313 du code civil français. Et même si avec la jurisprudence française elle est parvenue à esquisser quelques éléments de définition, elles ne sont jamais parvenues à retenir une définition réelle. Il ne s'agira donc pas ici de refaire ce débat relatif à la distinction entre les exceptions purement personnelles et celles inhérentes à la dette⁶⁹³ dans le cadre africain car il ne serait pas pertinent.

477. Cette conviction est notamment renforcée par le fait que, contrairement au droit français⁶⁹⁴, le législateur OHADA a pris le soin de définir la notion d'exception inhérente à la dette. A ce propos, aux termes des dispositions de l'article 29 alinéa 1 AUS⁶⁹⁵, les exceptions inhérentes à la dette sont celles qui, non seulement appartiennent au débiteur principal, mais, en plus, « tendent à réduire, éteindre ou différer la dette sous réserve des dispositions des articles 17⁶⁹⁶ et 23, alinéas 3 et 4 AUS⁶⁹⁷ et des dispositions particulières de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ». Autrement dit, ces dispositions induisent une double conception des exceptions inhérentes à la dette ; il convient d'observer que constitue une

⁶⁹² Art. 2313 al. 2 C. civ. : *a contrario*, toute mesure non inhérente à la dette ne s'applique pas à la caution.

⁶⁹³ N. Picod, *op. cit.* n° 83.

⁶⁹⁴ Art. 2313 C. civ. (anc. art. 2036) ; V. en ce sens D. Grimaud, *op.cit.* n° 150 ; « le problème de la définition des notions (exception inhérente à la dette et exception purement personnelle) n'a jamais été abordé au cours des travaux préparatoires » du code Napoléon.

⁶⁹⁵ Art. 29 al.1 AUS (anc. art. 18).

⁶⁹⁶ Art. 17 AUS (anc. art. 7) ; Par principe le cautionnement de l'engagement d'un incapable est nul même si l'incapable confirme son obligation, sauf si la caution renonce à se prévaloir de cette nullité. Exception, le cautionnement de l'engagement d'un mineur est valable si la caution avait eu connaissance de son incapacité. Ainsi, si la caution peut se prévaloir de l'exception touchant à l'incapacité du débiteur c'est que le législateur en fait une exception inhérente à la dette contrairement au droit français. V. en ce sens commentaires sous Civ. 3^e, 11 mai 2005, Bull. civ. III, n° 101 ; D. 2005, IR, 1451 ; RTD civ, 2005, 590, obs. J. Mestre et B. Fages.

⁶⁹⁷ Art. 23 al. 3 et 4 AUS (anc. art. 13 al. 3 et 4) ; La caution peut se prévaloir de la prorogation du terme du terme s'il y acquiesce. La déchéance du terme accordée au débiteur principal ne lui est pas applicable.

exception inhérente à la dette toute mesure prise à l'égard du débiteur tendant à affecter l'objet de son obligation dans son existence, son étendue ou ses modalités. Par exemple, les causes d'extinction de la dette peuvent être considérées comme des exceptions inhérentes à la dette, à telle enseigne que la caution peut se libérer en cas d'extinction de la dette principale⁶⁹⁸.

478. Par ailleurs, à cette définition il faut ajouter les mesures particulières que le législateur pourrait ajouter ponctuellement notamment dans le cadre des procédures collectives peu importe qu'elles affectent ou non l'existence, les modalités ou l'étendue de l'obligation principale. Cela signifie qu'une exception qui répondrait à la définition de l'article 29 sus indiqué pourrait être écartée des exceptions inhérentes à la dette, dès lors que le législateur le décide. Est-ce le cas des remises consenties au débiteur principal dans le cadre du concordat de redressement judiciaire ?

479. Par définition, celles-ci sont considérées comme des exceptions inhérentes à la dette au sens de l'article 29 AUS, car elles affectent l'existence et l'étendue de l'obligation principale. En revanche, le législateur ne les reconnaît pas exceptionnellement comme telles, lorsqu'elles sont consenties au débiteur dans le cadre du redressement judiciaire⁶⁹⁹. Dans ce contexte, les exceptions non inhérentes à la dette sont toutes celles que le législateur exclues principalement ou exceptionnellement du champ des dispositions de l'article 29 AUS. Il s'agit donc de toutes les exceptions dont le débiteur a l'exclusivité⁷⁰⁰ et dont la caution ne peut se prévaloir. Néanmoins, qu'en est-il de la SPI dans le droit OHADA des procédures collectives et d'apurement du passif ?

480. L'expression qui désigne la règle de la suspension des poursuites contre le débiteur est révélatrice d'une conception traditionnelle des procédures collectives qui place généralement le débiteur au centre des solutions susceptibles d'améliorer sa situation, tant que cela est possible. Dans le règlement préventif, il conserve la gestion de son activité et propose l'offre de concordat nécessaire à l'ouverture de la procédure et à la suspension des poursuites. La suspension des poursuites est donc viscéralement attachée au débiteur en difficulté qu'il soit *in bonis* ou non, en même temps qu'elle n'est pas destinée en principe aux cautions. De ce point de vue, les solutions africaine et française sont convergentes car elles n'admettent pas en général que la suspension

⁶⁹⁸ Art. 36 al.1 AUS (anc. art. 25 al.1).

⁶⁹⁹ Art. 134 al. 5 AUPC.

⁷⁰⁰ Il faut partir de l'idée que toutes les mesures prises à l'égard du débiteur lui sont personnelles, et que par conséquent toute exceptions dont peut se prévaloir le débiteur est d'abord personnelle au débiteur. C'est dans ce sens que la « doctrine s'accorde à considérer que la caution peut invoquer toutes les exceptions que peut invoquer le débiteur, sauf celles touchant à l'incapacité de ce dernier » considérée comme indissociables de sa personne. V. en ce sens Y. Picod, *op. cit.* n° 31.

des poursuites soit applicable à la situation des tiers, et particulièrement à la caution personne morale.

481. Il convient d'en déduire que la caution personne morale peut être poursuivie par les créanciers de la masse dès l'ouverture de la procédure, de sorte qu'il y a là une altération du caractère accessoire de l'engagement de la caution personne morale dès lors que sa situation n'est pas alignée sur celle du débiteur. Toutefois, ce serait là une lecture partielle de la règle de l'accessoire, car elle implique généralement que tout ce qui est personnel au débiteur, et qui n'est pas inhérent à la dette, ne s'applique pas à la caution.

482. Le contenu de la règle consacre son caractère congénitalement personnel. En effet, ce qui est suspendu c'est en réalité le droit de contrainte dont le créancier dispose contre le débiteur en raison de leur convention. Parce que l'exercice de ce droit de poursuite est susceptible d'alourdir le passif du débiteur en difficulté, le législateur décide d'accorder le bénéfice de la suspension des poursuites à la seule personne du débiteur, d'où son caractère personnel et son inapplication à la caution. En ce sens, un auteur suggère que les privilèges ou bénéfices accordés au débiteur principal, tels que la suspension provisoire des poursuites, ne se communiquent pas dès lors qu'ils ne sont pas attachés à l'obligation même⁷⁰¹. Cela est d'autant plus vrai que le droit de contrainte du créancier constitue un droit personnel par opposition au droit réel. Or, il est communément admis que le droit personnel ou de créance a pour objet la personne même du débiteur. Ce qui signifie qu'il ne porte ni sur l'existence de la dette, ni sur son étendue ou ses modalités. Par conséquent, il est logique de considérer la SPI comme une exception non inhérente à la dette au sens du droit OHADA.

483. En outre, la solution de la jurisprudence française conforte cette idée que la SPI est personnelle au débiteur. En effet, elle a décidé, dans un arrêt de rejet de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 27 mars 1990, que l'ouverture d'une procédure collective n'interrompt l'instance qu'au profit du débiteur et ne fait pas obstacle à ce que le créancier poursuive la caution en paiement de la dette⁷⁰². La Cour affirmait ainsi le caractère personnel de l'arrêt des poursuites contre le débiteur qui laisse « intacts les recours que ses créanciers peuvent

⁷⁰¹ Troplong n° 48. V. également en ce sens A.S Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 76.

⁷⁰² Com., 27 mars 1990, D. 1990. 494 (1^{ère} espace), note A. Honorat ; Com., 3 avril. 1990, Bull. civ. IV, n° 114 ; Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, D. 2000, AJ 318, obs. Lienhard ; D. 2001, somm. 696, obs. L. Aynès ; Dr. et patr. 2 janvier 2001, p. 96, obs. Monsérié-Bon.

exercer à l'encontre de la caution solidaire du débiteur »⁷⁰³. Cette solution a été plus tard confirmée par un autre arrêt cette fois-ci de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 14 juin 2000⁷⁰⁴.

484. Ces arrêts, qui consacrent le caractère d'exception non inhérente à la dette de la suspension des poursuites individuelles sont parfaitement transposables en droit OHADA. Loin de remettre en cause le caractère accessoire de l'engagement de la caution, il constitue simplement l'une des conséquences de l'évolution de la conception de la règle de l'accessoire notamment dans le cadre des procédures collectives. Cette conception consiste à limiter légalement l'application à la caution de certaines mesures prises en faveur du débiteur principal, dans le but de favoriser un intérêt exogène à la relation bipartite entre la caution et le créancier ou celle entre la caution et le débiteur principal. Cette limitation est désormais naturellement admise dans la pratique du cautionnement, de telle sorte qu'elle fait en principe partie des prévisions des parties au contrat de cautionnement.

485. Toutefois, le seul bémol que l'on pourrait mettre à cet argument réside dans le fait qu'une très grande majorité de cautions, dans le contexte africain, ne sont pas toujours suffisamment informées des règles qui gouvernent la pratique du cautionnement, contrairement aux cautions professionnelles que l'on retrouve davantage en droit français. Pour autant, si la suspension des poursuites constitue une exception non inhérente à la dette au sens du droit OHADA, il convient d'observer à l'inverse que l'application de cette règle à la caution personne physique apparaît comme une mesure incompatible avec la finalité du cautionnement.

b. La suspension des poursuites contre la caution personne physique, une mesure incompatible avec la finalité du cautionnement

486. Pour attirer les investisseurs étrangers sur le sol africain, le législateur OHADA s'était résolu à leur garantir une sécurité juridique, un cadre juridique propice aux affaires. Cela supposait indiscutablement la mise en place d'un environnement juridique des affaires en leur faveur, c'est-à-dire qui protège au mieux leurs divers intérêts. Cela impliquait, également, dans une approche très globale, l'application de la législation en vigueur et plus particulièrement le respect des obligations contractuelles des parties à un contrat. Corrélativement, dans cette

⁷⁰³ Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, préc. *supra*. n° 697 (Chapeau de la décision).

⁷⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 14 juin 2000, Dr et patr., 2 janv. 2001, n° 89.

perspective, toute mesure lésant le créancier dans ses droits aurait été mal perçue par ces derniers, à défaut de les dissuader d'investir dans l'espace OHADA.

487. Dans cette réalité plutôt économique, l'adoption d'une mesure qui ne favorise pas le créancier n'est pas toujours bien perçue, surtout lorsqu'elle est au bénéfice du garant, notamment la caution. Cela est encore plus vrai à partir du moment où l'aspect économique du contrat de cautionnement implique une protection des intérêts des créanciers et donc des investissements notamment contre l'insolvabilité de leur débiteur. Le législateur aurait pu envisager de faire profiter en principe la caution sans distinction de la règle de l'arrêt des poursuites contre le débiteur, sur le fondement des conséquences liées au caractère accessoire de son engagement, mais il a fait un autre choix. Comme jadis en droit français, il privilégie la finalité du cautionnement au détriment de son caractère accessoire⁷⁰⁵.

488. Pour le législateur africain, la suspension des poursuites contre le débiteur n'a pas d'influence sur l'efficacité du cautionnement. Le créancier conserve son droit de créance sur la caution, nonobstant sa suspension à l'égard du débiteur. D'autant plus qu'il s'est déchargé du poids de l'insolvabilité de ce dernier sur la caution. Il faut donc en déduire, de ce point de vue, qui peut être bien entendu critiquable, qu'une solution contraire serait *a priori* non seulement incompatible avec la finalité du cautionnement, mais aussi manquerait de cohérence quant à l'objectif poursuivi par le droit OHADA : rendre attractif le droit des affaires africain en privilégiant en général la protection des créanciers

489. Par ailleurs, on peut considérer que l'opposabilité de la suspension des poursuites par la caution constituerait un obstacle à l'octroi du crédit dont tant d'entreprises ont besoin dans les différents pays membres de l'OHADA. Il serait regrettable pour le crédit que l'efficacité du cautionnement soit menacée au moment même où la charge de l'insolvabilité du débiteur doit être établie et mise en œuvre. C'est pourquoi en droit français, avant la modification de l'article 55 de par la loi du 10 juin 1994⁷⁰⁶, la jurisprudence française jugeait que l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire n'avait pas pour effet de suspendre les poursuites dirigées contre la caution solidaire⁷⁰⁷. Quoiqu'elle fût critiquable, en ce sens que l'engagement de la

⁷⁰⁵ V. *supra* n° 80s.

⁷⁰⁶ L. 10 juin 1994, préc.

⁷⁰⁷ Com. 16 fév. 1993, Bull. civ. IV, n° 58 ; D. 1993, somm. 310, obs. Aynès ; CA Versailles, 4 oct. 1990, Gaz. Pal. 1991, 1, Somm. 226.

caution simple n'est pas moins accessoire que celui de la caution solidaire, cette jurisprudence est parfaitement applicable en droit africain.

490. Au regard de tout ce qui précède il apparaît que l'inapplication de la SPI à la caution en droit africain renforçait, à travers l'inopposabilité absolue de la PSI, la protection des créanciers qui ont manifesté leur prudence en sollicitant du débiteur une sûreté de façon générale et un cautionnement de façon particulière. Cette inopposabilité absolue est de plus en plus abandonnée dans le droit contemporain des procédures collectives. En cela, la solution retenue en droit OHADA ne constitue pas une exception. Néanmoins, contrairement à la procédure équivalente du droit français, le législateur adopte une approche non ambiguë d'opposabilité de la règle de la suspension des poursuites contre le débiteur.

II. Une approche innovante, l'opposabilité de la SPI au débiteur dans le règlement préventif

491. La procédure de règlement préventif constitue une procédure d'anticipation qui a pour but d'éviter que le débiteur ne cesse ses paiements. Jadis, il était permis aux créanciers du débiteur, à l'encontre duquel une telle procédure était ouverte, de poursuivre la caution en paiement malgré le silence de l'AUPC à ce propos⁷⁰⁸. Tel était le principe. Depuis la réforme de l'AUPC de 2015, le nouvel article 9 alinéa 5 AUPC permet à la caution personne physique de se prévaloir des dispositions du même article 9 sur la SPI contre le débiteur. En d'autres termes, ces dispositions permettent à la caution personne physique d'opposer aux créanciers la suspension des poursuites contre le débiteur contrairement aux dispositions du code de commerce français⁷⁰⁹.

492. Si les nouvelles dispositions reprennent des termes génériques de l'alinéa 2 de l'article L.622-28 du code de commerce français, il n'en demeure pas moins qu'elles constituent une innovation en droit OHADA. Cette innovation réside, non pas dans l'application de la SPI à la caution personne physique, mais plutôt dans la consécration de l'opposabilité de la règle, telle qu'elle résulte des dispositions de l'article L. 622-21 du code de commerce, et de l'article 9 alinéa 1 et 2 ainsi que de l'article 75-1 AUPC. Pour rappel, en droit français, dans la procédure équivalente c'est-à-dire la sauvegarde, il n'est pas expressément permis à la caution personne physique de se prévaloir de la SPI contre le débiteur, le législateur ayant consacré une suspension

⁷⁰⁸ Anc. art. 8 et 9 AUPC (devenu art. 9).

⁷⁰⁹ Art. L.622-28 al. 2 C. com.

légale des poursuites « propre » à la caution personne physique dans la sauvegarde⁷¹⁰. Les dispositions de l'article 9 signifient que la caution peut utilement invoquer à l'encontre du créancier poursuivant la SPI contre le débiteur au sens du droit OHADA.

493. Le législateur communautaire africain rompt ainsi avec la logique du droit français qui consiste à rendre la SPI contre le débiteur inopposable par la caution personne physique. Cette opposabilité implique l'application symétrique du régime de la SPI contre le débiteur à la caution personne physique. Il s'agit-là d'une application assumée de la théorie de l'accessoire en comparaison de celle que l'on observe en droit français s'agissant de l'application des dispositions de l'alinéa 2 de l'article L. 622-28 du code de commerce. Cette faveur accordée à la caution personne physique participe néanmoins de la volonté du législateur d'inciter le dirigeant caution à solliciter le plus rapidement possible l'ouverture de la procédure de règlement préventif et surtout de ne pas attendre la cessation de ses paiements pour saisir la juridiction compétente⁷¹¹.

494. Cependant, cette innovation du droit OHADA appelle quelques observations. D'abord, cette opposabilité est en réalité limitée à la nature et à la mise en œuvre du cautionnement. Autrement dit, elle ne signifie pas que la caution personne physique va se prévaloir de la suspension de toutes les poursuites contre le débiteur. Elle pourra simplement se prévaloir des actions qui couvrent la mise en œuvre du cautionnement comme nous le suggérons précédemment. De ce point de vue, il n'y a pas de différence entre l'approche par opposabilité du droit OHADA dans le cadre du règlement préventif et celle par inopposabilité notamment dans le cadre de la sauvegarde. Bien qu'en pratique la première approche soit plus pédagogique que la seconde.

495. Ensuite, pour la clarté des dispositions, et bien que cela n'est qu'une importance sans doute relative, on peut regretter la place occupée par cet alinéa dans l'article 9. En effet, il aurait été judicieux que l'on plaçât l'alinéa 5 de l'article 9 à la fin de cet article à partir du moment où il intervient alors même que le régime de la SPI contre le débiteur sur lequel doit s'aligner la SPI contre la caution n'a pas encore été entièrement défini. Par exemple, la durée de la SPI contre le débiteur est évoquée postérieurement à l'alinéa 5 du même article. Certes, les magistrats africains sont de mieux en mieux formés et aptes à interpréter sans ambiguïté ces différentes dispositions. Toutefois, nous ne sommes pas certains que les dirigeants de nombreuses PME, qui n'ont pas une

⁷¹⁰ Art. L. 622-28 al. 2 C. com.

⁷¹¹ Avant-projet d'amendements à l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, p.23.

parfaite connaissance des Actes Uniformes, soient capables d'interpréter comme il conviendrait ces dispositions. Le risque d'une mauvaise interprétation de ces dispositions est réel, le législateur gagnerait à notre avis à réduire ce risque, au moins pour ces premiers destinataires de l'AUPC.

496. Enfin, on a bien souvent reproché au législateur OHADA un certain mimétisme juridique par rapport au droit français dont il s'inspire en permanence quand il ne l'importe pas. Il y a lieu de relever en l'occurrence que le législateur OHADA fait œuvre de créativité en suspendant les poursuites des créanciers durant toute la procédure de règlement préventif (art. 9 al.6). C'est l'effet de l'opposabilité de la SPI contre le débiteur qui dure elle-même le temps de la procédure de règlement préventif, soit quatre mois au maximum (art. 9 al.1, 6 et 7), sinon cinq mois si l'on tient compte de la procédure d'homologation du concordat (art. 14). En droit français, cette durée est de 6 mois au minimum et 12 au maximum (durée de la période d'observation).

497. Dans le but d'être présent dans la compétitivité juridique que se livrent les législations internationales, le droit OHADA offre là aux investisseurs une SPI moins contraignante qu'en droit français. Ils pourront reprendre leur poursuite de plein droit à la fin de l'expiration des délais des articles 9 alinéa 1 et 14 alinéas 2 et 3 sur les délais d'homologation du concordat préventif. Toutefois, cette clarté du législateur OHADA est paradoxalement absente dans le cadre du redressement judiciaire dans lequel il adopte à l'inverse une approche par inopposabilité de la SPI contre le débiteur.

III. Une approche commune au droit français par inopposabilité en apparence de la SPI contre le débiteur en cas de redressement judiciaire

498. Contrairement au législateur français, le législateur communautaire adopte une seconde approche qui consiste à refuser *a priori* à la caution personne physique le bénéfice de la SPI contre le débiteur et à lui consacrer une « forme particulière de suspension des poursuites »⁷¹² qui lui est « propre ». A l'inverse c'est la même et l'unique qu'a adoptée le législateur français, telle que nous l'avons précédemment examinée. A la lecture des textes, la caution ne profite ni par principe, ni exceptionnellement, de la SPI contre le débiteur. Elle est exclusivement réservée au seul débiteur en redressement judiciaire. En ce sens, la caution ne peut se prévaloir *a priori* des

⁷¹² P. Crocq, Des créanciers et des contractants mieux protégés, Dr. et patr. déc. 2015, n° 253, doss. spéc. p. 64.

dispositions de l'article 75 relatif à la SPI contre le débiteur. Néanmoins, cette lecture ne nous convainc pas car, comme en droit français, l'inapplication de la SPI contre le débiteur à la caution, notamment personne physique, n'est qu'apparente pour des raisons évoquées *supra*. Cela signifie que de la même façon que le droit de contrainte du créancier est suspendu à l'égard du débiteur, il l'est également à l'égard de la caution personne physique. Celle-ci n'est donc pas plus durement traitée que le débiteur. Les développements consacrés à l'approche par inopposabilité de la SPI dans le cadre du droit français sont ici applicables sous réserve de la durée de la suspension des poursuites contre la caution en droit OHADA⁷¹³.

499. Cependant, nous trouvons pertinent d'observer que le droit OHADA, dans le droit fil de la durée de la SPI contre la caution dans le règlement préventif, poursuit la protection de la caution durant l'exécution du concordat de redressement judiciaire. Ce qui constitue là encore une nouveauté du nouvel AUPC, car le droit français, dont le législateur OHADA s'inspire, limite la durée de la suspension des poursuites contre la caution personne physique à l'adoption du plan de sauvegarde. Peu importe que le dirigeant-caution soit négligent ou non, il est sûr d'être protégé dès la décision d'ouverture de la procédure, tant qu'il ne s'agit pas de la liquidation des biens. A ce titre, il y a lieu d'observer que non seulement rien ne justifie une telle extension, mais en plus elle peut être contre-productive pour les procédures préventives que sont la nouvelle procédure de conciliation et le règlement préventif. En effet, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire signifie que le débiteur a cessé ses paiements c'est-à-dire qu'il n'a pas su prévenir ses difficultés. Autrement dit, il a manqué de diligence. Lui permettre de bénéficier de la SPI durant l'exécution du concordat c'est comme encourager sa négligence.

500. Par ailleurs, la situation du débiteur en redressement judiciaire est très fragile, le débiteur est plus proche d'une liquidation que d'une sauvegarde. Elle implique une situation financière très détériorée, une protection renforcée de la caution par la SPI à ce stade des difficultés du débiteur nous paraît excessive et contre-productive. D'abord, parce qu'elle empêche le créancier de recouvrer sa créance aux conditions initiales, alors même que, non seulement, la cessation des paiements réalise le risque pour lequel il a garanti sa créance. Ensuite, parce qu'elle fragilise davantage la situation du créancier OHADA que celle du créancier français.

⁷¹³ Art. 9 AUPC.

501. Dans le souci d'une recherche permanente des investisseurs, la SPI contre le dirigeant caution n'est sûrement pas nécessaire dans le cadre du redressement judiciaire. Enfin, parce qu'elle nous paraît tout aussi contradictoire. Il ressort des travaux préparatoires de la réforme de 2015 que la SPI contre la caution personne physique dans le cadre du règlement préventif vise à rendre la procédure de règlement préventif attractive. Ce qui se conçoit aisément dans la mesure où il vaut mieux prévenir que guérir.

502. A l'inverse, il ressort des mêmes travaux préparatoires que la même SPI contre la caution personne physique, vise à inciter le dirigeant caution à recourir plus rapidement au redressement judiciaire. Or, l'ouverture de cette procédure signifie que les mesures d'anticipation n'ont pas été activées. Ce qui peut arriver lorsque le dirigeant caution ou ses proches négligent l'ouverture du règlement préventif. Celle-ci est par conséquent retardée jusqu'à la cessation des paiements. Dès lors, la SPI contre la caution personne physique dans le cadre du redressement judiciaire est susceptible de paralyser l'attractivité souhaitée du règlement préventif, d'autant plus qu'elle suffit à compenser l'absence d'opposabilité des dispositions du concordat de redressement judiciaire de l'article 134 alinéa 5 AUPC. Cette mesure nous paraît donc préjudiciable à l'attractivité du règlement préventif et, ce, malgré les mesures d'encadrement de la SPI en général mises en place par le législateur.

Section 2. L'encadrement de la règle de la suspension des poursuites

503. La règle de la suspension des poursuites contre la caution personne physique reste une exception dans un droit des procédures collectives qui milite en faveur du principe des poursuites contre la caution de façon générale. Il existe donc une dualité de traitement entre cautions, car les créanciers pourront exercer leur droit de contrainte contre la caution personne morale à tout moment de la procédure sous réserve d'avoir dûment déclaré leur créance et pourvu que celle-ci soit exigible et non prescrite.

504. Cependant, s'il est vrai qu'à travers la règle de la suspension des poursuites, contre la caution personne physique, il y a une application partielle de la théorie de l'accessoire, à partir du moment où finalement seule la caution personne physique n'est pas plus durement traitée que le débiteur principal, il n'en demeure pas moins que cet alignement n'est pas définitif et ne prive pas totalement le créancier de son droit de contrainte contre la caution. Il en résulte que

l'opposabilité de la suspension des poursuites par la caution personne physique a une vertu préventive car elle vise à favoriser le dépôt précoce de bilan, tout en préservant les droits du créancier (Paragraphe 2), dont la suspension des poursuites n'est que provisoire (Paragraphe 1).

Paragraphe 1. Le caractère provisoire de la règle

505. En elle-même, la règle de la suspension des poursuites contre la caution personne physique est provisoire. C'est notamment ce qui ressort des dispositions des articles L.622-28 du code de commerce français et relativement des dispositions des articles 9 et 75-1 AUPC. Il existe donc une volonté commune de la part des législateurs français et OHADA d'encadrer la règle de la suspension des poursuites, car elle ne constitue pas le principe, encore moins une règle d'ordre public comme l'est la SPI contre le débiteur.

506. Toutefois, au-delà de cette volonté partagée, les deux législateurs se distinguent à nouveau dans leur approche. Si le législateur français adopte une approche univoque qui consiste à limiter la règle de la suspension des poursuites contre la caution personne physique à la période d'observation, le législateur OHADA adopte quant à lui une approche qui résulte de l'application, nuancée, de la règle de l'accessoire dans le règlement préventif et le redressement judiciaire. A la lumière de ce double constat, le caractère provisoire de la SPI contre la caution est distinct selon qu'on se trouve en droit français ou en droit OHADA. Il paraît donc judicieux d'analyser distinctement la limitation de la règle de la suspension des poursuites contre la caution en droit français (A) et en droit OHADA (B).

A. La suspension des poursuites contre la caution en droit français

507. Si le point de départ de la période durant laquelle la caution sera soustraite des poursuites des créanciers est la décision d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, celle-ci prend fin dès l'adoption du plan. Or, cette période correspond à la période dite d'observation. Par conséquent, la règle de la SPI s'applique à la caution personne physique durant la période d'observation⁷¹⁴ (I). Par ailleurs, cette limitation de la suspension des poursuites des créanciers antérieurs, y compris des créanciers non privilégiés, contre la caution à la période

⁷¹⁴ Elle dure donc moins longtemps que la suspension des poursuites contre le débiteur.

d'observation signifie *a contrario* qu'à l'issue de celle-ci les créanciers retrouvent théoriquement leur droit de contrainte à l'égard de la caution personne physique. C'est la question de la restauration de l'exercice du droit de contrainte des créanciers (II).

I. La limitation légale de la règle à la période d'observation

508. La période d'observation va du jugement d'ouverture à l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement. Elle est expressément évoquée dans le code de commerce⁷¹⁵ et pas en droit OHADA. Pour le débiteur et les différents organes de la procédure, cette période constitue un temps de répit durant lequel son passif sera réellement évalué et sa restructuration envisagée. Pour le dirigeant caution cette période lui permet de se concentrer sur cet objectif qui doit en principe aboutir à l'adoption des mesures de sauvetage de l'entreprise non sans avoir au préalable identifié et examiné ses difficultés. L'objectif de la période d'observation est clairement d'assurer la survie de l'entreprise non seulement pour le présent, mais aussi pour l'avenir⁷¹⁶. C'est durant cette période que la caution personne physique ne pourra pas être poursuivie en exécution de son engagement unilatéral vis-à-vis du créancier.

509. Cette période prend automatiquement fin dès le jugement adoptant le plan aussi bien dans le cadre de la sauvegarde que du redressement judiciaire. Elle suppose que le débiteur et ses principaux partenaires sont parvenus à un accord dont le respect des dispositions est susceptible de permettre son redressement. C'est d'ailleurs ce qui ressort des dispositions de l'article L.626 - 1 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi de sauvegarde. En effet, aux termes de celles-ci « lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée le tribunal arrête dans ce but un plan qui met fin à la période d'observation ». La règle de la suspension des poursuites contre la caution personne physique ne semble pas en principe s'appliquer au-delà de l'adoption du plan c'est-à-dire durant l'exécution du plan contrairement au droit OHADA⁷¹⁷. Pour le créancier cette période d'observation va correspondre à 6 mois de suspension de

⁷¹⁵ Art. L.621-3 C. com.

⁷¹⁶ C. Le Gallou, Droit des sûretés-Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* n° 485 s. : l'auteur indique notamment que la période d'observation doit servir deux objectifs à savoir la gestion du présent de l'entreprise en difficulté (il faut éviter de paralyser la poursuite de l'activité, ce qui pourrait être contreproductif pour la réussite de la procédure) et la préparation de l'avenir grâce au plan.

⁷¹⁷ Art. 75-1 AUPC.

poursuites. Une durée pouvant atteindre 12 mois en cas de prorogation du délai initial conformément aux dispositions de l'article L. 621-3.

510. Par ailleurs, l'article L.622-28 alinéa 2 indique une autre hypothèse de limitation de l'application de la SPI contre la caution. Il s'agit de la conversion de la procédure en liquidation judiciaire. En ce sens, il n'est pas rare que la période d'observation n'aboutisse pas à l'adoption d'un plan⁷¹⁸. C'est notamment le cas lorsque la sauvegarde a été convertie en redressement judiciaire⁷¹⁹. Dans cette hypothèse, bien qu'il ne soit pas permis aux créanciers de poursuivre le débiteur, il ne leur est pas interdit de poursuivre la caution personne physique de telle sorte que la situation de cette dernière est la même que la situation de la caution personne morale. Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 10 juin 1994, qui a institué la SPI contre la caution personne physique dans les procédures collectives, que cette règle vise à inciter le dirigeant souvent caution à effectuer un dépôt précoce de bilan⁷²⁰. Il n'en demeure pas moins que cette incitation est tout à fait justifiée au regard des objectifs de la période d'observation.

511. En réalité, la période d'observation qui vise à poser les jalons de la survie de l'entreprise pour le présent et l'avenir est la mieux adaptée à la mise en œuvre de la SPI. Contrairement à la période correspondant à l'exécution du plan, la période d'observation est celle durant laquelle le dirigeant est plus enclin à redouter les poursuites des créanciers, car l'existence d'un plan implique des réaménagements de la dette (délais et remises) dont il bénéficie. Durant l'exécution du plan, le débiteur paiera, car on suppose qu'il a contracté dans le plan des mesures dont il se savait capable d'honorer. A défaut, la caution ne paiera qu'à l'échéance nouvelle si elle bénéficie des délais de paiement.

512. A l'évidence, cette limitation de l'application de la SPI à la caution à la période d'observation traduit l'idée que la SPI contre la caution est au service de la continuité de l'entreprise. Plus précisément, elle facilite l'anticipation de la cessation des paiements notamment dans le cadre de la sauvegarde et le traitement des difficultés de l'entreprise. Autrement dit, à partir du moment où celle-ci est sérieusement envisageable et envisagée, une protection postérieure de la caution par la règle de la suspension des poursuites n'est plus utile durant

⁷¹⁸ V. en ce sens S. Semia, L'échec du plan de sauvegarde de l'entreprise en difficulté, préf. A. Ghozi, LGDJ 2018, n° 124 s.

⁷¹⁹ V. en ce sens S. Semia, *op. cit.* n° 127 s.

⁷²⁰ Rapp. Houillon, préc.

l'exécution du plan. Par conséquent, la caution pourra être appelée en garantie selon les échéances retenues dans le cadre du plan. Sur ce point, il convient d'ores et déjà d'indiquer la différence qui existe avec le droit OHADA qui prolonge légalement la SPI contre la caution personne physique au-delà de l'adoption du concordat⁷²¹. Dans le règlement préventif, la caution personne physique bénéficie d'une double protection, celle résultant de la SPI et celle résultant des dispositions du concordat préventif⁷²² et les dispositions de l'accord homologué ou revêtu de l'exequatur⁷²³.

513. La résolution du plan pour inexécution révèle la dégradation de la situation de l'entreprise en difficulté ; le défaut d'exécution des dispositions du plan démontre que ses difficultés se sont accrues entretemps. Conformément à l'article L. 626-27 du code de commerce⁷²⁴, lorsque la cessation des paiements est constatée au cours de l'exécution du plan, le tribunal qui arrête ce dernier décide sa résolution et selon le cas ouvre un redressement judiciaire ou une liquidation judiciaire. La détermination de la date de la cessation des paiements révélera que celle-ci est en réalité antérieure à l'adoption du plan⁷²⁵. Une nouvelle procédure est automatiquement ouverte par conversion de la précédente Or, le fait d'ouvrir une nouvelle procédure collective implique une nouvelle période d'observation avec les mêmes conséquences que la première, notamment pour le débiteur et en principe pour la caution de manière générale sous réserve des exceptions attachées à la personne de la caution personne physique. Par conséquent, la SPI contre la caution personne physique ne peut être prolongée dans la seconde par le système de la conversion de la procédure⁷²⁶. La SPI contre la caution personne physique n'est donc pas définitive en droit français car celui-ci permet au créancier de retrouver son droit de créance contre cette dernière.

⁷²¹ Art. 75-1 AUPC.

⁷²² Art. 9 al. 5 AUPC.

⁷²³ Art. 5-12 AUPC.

⁷²⁴ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1066.

⁷²⁵ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1088 s.

⁷²⁶ Si le débiteur est en sauvegarde, sa cessation des paiements entraînera l'ouverture d'un redressement judiciaire conformément à l'art. L. 621-12 al. 2 C. com. ou d'une liquidation judiciaire (Com. 15 nov. 2017, n° 16-19.690 ; D. aff. (en ligne) 2017, obs. X. Delpech : « lorsque l'état de cessation des paiements et l'impossibilité du redressement sont avérés, le juge saisi d'une demande tendant au prononcé d'une liquidation judiciaire ne peut la rejeter en raison des mobiles du débiteur en sauvegarde ou de l'administrateur, légalement tenu de déclarer la cessation des paiements »). Or, dans celle-ci la caution ne bénéficie pas de la règle de la suspension des poursuites.

II. L'admission de la restauration du droit de contrainte des créanciers

514. La restauration du droit de contrainte des créanciers signifie que ces derniers ont à nouveau le droit de poursuivre la caution en paiement. C'est la meilleure illustration du caractère provisoire de la suspension des poursuites contre la caution personne physique. En effet, sous l'angle processuel, la suspension au sens générique du terme n'est rien d'autre qu'une interruption d'instance⁷²⁷. Or, celle-ci implique une reprise de l'instance interrompue une fois que la cause de l'interruption a disparu. Par conséquent, toute suspension de poursuites contre la caution admet naturellement une reprise de celles-ci, d'autant plus qu'elle ne signifie pas qu'elle éteint le droit de contrainte du créancier.

515. L'idée de reprise des poursuites trouve en droit français son fondement dans les dispositions des articles L. 621-48 et L. 622-28 alinéa 2⁷²⁸ du code de commerce. Par une interprétation *a contrario*, ces dispositions postulent l'admission de la restauration du droit de contrainte des créanciers contre la caution dès le prononcé du jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire que ce soit par conversion d'une première procédure ou non. Une fois cette idée de reprise admise, il est utile de s'interroger sur les conditions de sa mise en œuvre. A ce propos, il convient d'observer que la solution a évolué en France au gré des réformes de telle sorte qu'il y a lieu de distinguer la reprise des poursuites avant et après la loi de sauvegarde. Au cœur de cette distinction, il y a notamment la déclaration des créances et la sanction de son défaut, car le créancier ne peut exercer ses droits dans le cadre de la procédure que s'il a dûment déclaré sa créance.

516. Sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde de 2005, la reprise des poursuites des créanciers était subordonnée à la déclaration de ses créances au passif du débiteur. Dans le cas contraire, le créancier négligent était sanctionné par l'extinction de la créance non déclarée à l'égard du débiteur⁷²⁹, mais aussi à l'égard de la caution, l'exception étant inhérente à la dette.

517. Cette solution correspondait surtout à l'idée que partageaient la doctrine et la jurisprudence sur le « résultat » de la reprise des actions en justice. En effet, celle-ci reposait sur l'idée que

⁷²⁷ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° d706.

⁷²⁸ Comm. sous art. L.622-28 C. com., D. 2014, note 5.

⁷²⁹ N. Picod, *op. cit.* n° 56.

toute reprise de poursuite effectuée après la déclaration de créance n'entraînait pas le paiement du créancier requérant, mais consistait plutôt à constater la créance et à en fixer le montant⁷³⁰. Il faut donc se demander comment, à partir du moment où une créance non déclarée est éteinte, celle-ci peut être déterminée. Il fallait dès lors en déduire que la créance étant éteinte il n'était pas possible de pouvoir la constater et en d'fixer le montant. Il ne pouvait en être autrement.

518. Cependant, depuis la loi du 26 juillet 2005, le défaut de déclaration de créance n'est plus sanctionné par l'extinction de la créance non déclarée, mais par son inopposabilité à la procédure, et, depuis 2008, au débiteur. La créance n'étant pas éteinte, et le plan étant adopté, on aurait pu penser que le créancier, retrouvant son droit de poursuite, pouvait par conséquent reprendre ses actions suspendues contre la caution. La déclaration des créances est maintenue comme condition préalable à la reprise des poursuites après l'adoption du plan⁷³¹. C'est d'ailleurs cette solution qui est retenue par la jurisprudence : en effet, la Cour de cassation, dans son avis du 8 juin 2009, décide qu'en « l'absence de déclaration de créance, les conditions de la reprise d'instance ne sont pas réunies, même si la créance du créancier forclos n'est pas éteinte »⁷³². La suppression de l'extinction de la créance non déclarée n'a pas modifié les conditions de reprise des actions suspendues. Cet « avis rappelle que l'instance en cours ne peut être reprise qu'après déclaration de la créance à la procédure collective »⁷³³ conformément aux articles L. 622-22 et R. 622-20.

519. Toutefois, poursuivant son raisonnement, la Haute juridiction va plus loin en tirant la conséquence principale de cette non-reprise des poursuites c'est-à-dire le maintien de la suspension de l'instance jusqu'à la clôture de la procédure. Ce qui signifie par ailleurs que la suspension des poursuites contre la caution devrait être prolongée jusqu'à la clôture de la procédure, ce qui rapprocherait encore plus la situation de la caution personne physique de la situation du débiteur. Dès lors, on peut en déduire que la caution ne sera pas plus durement traitée que celui-ci.

520. Par ailleurs, la jurisprudence a poursuivi son travail de clarification et de précision de la loi, notamment des conditions de reprise des poursuites suspendues, dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 24 mai 2005. Dans cet arrêt, la Cour décide que

⁷³⁰ C. Saint Alary Houin, créanciers antérieurs et postérieurs, Rev. proc. coll. 1995, chr. N°9 ; CA Paris, 17 mai 1989, 3^e ch., sect. B, JurisData n° 021974.

⁷³¹ O. Staes, obs. sous. Cass. Avis, 8 juin 2009, Rve. Proc. Coll. 2010, comm. 10.

⁷³² Cass. avis, 8 juin 2009, Act. proc. coll. 2009, comm. 193 ; Rev. proc. coll. 2010, comm. 10, note O. Staes.

⁷³³ Cass. avis, 8 juin 2009, préc. supra note 727.

les poursuites suspendues peuvent être reprises sans que le créancier ait à délivrer une nouvelle assignation après le jugement arrêtant le plan⁷³⁴. C'est ainsi que reprenant les dispositions de l'ancien article L. 621-48 alinéa 2 susvisé, elle décide que le créancier qui retrouve son droit d'agir contre la caution personne physique, dès le prononcé du jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire du débiteur n'est pas contraint de notifier préalablement ce jugement à la caution⁷³⁵.

521. Au regard de ce qui précède, l'immunité judiciaire dont jouit la caution personne physique semble prendre fin aussitôt le jugement arrêtant le plan. La reprise n'est pas subordonnée à des conditions spéciales de reprise, elle est presque automatique aucune condition purement processuelle n'étant exigée en dehors de la déclaration de la créance. Cette volonté du législateur de faciliter la reprise de l'instance en cours cache cependant celle de préserver au mieux les intérêts des créanciers. Cela se justifie par le fait que ces derniers accepteront d'autant plus facilement que leurs poursuites soient suspendues dès lors qu'ils savent qu'ils les reprendront sans trop de difficultés une fois le plan adopté. Une manière donc pour le législateur de concilier les exigences de garantie du cautionnement et celles de protection de la caution. Un arbitrage du législateur au service du succès de la procédure naturellement. En revanche, si la période d'observation implique une suspension provisoire des poursuites du créancier, celles-ci peuvent être éteintes par l'effet de la prescription quinquennale conformément à la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile⁷³⁶. Autrement dit, la prescription qui résulte de cette loi étant libératoire⁷³⁷, elle peut entraîner l'extinction de la créance réclamée par le créancier dont l'instance a été suspendue si celle-ci n'est pas reprise dans un délai de deux ans. Ce qui est tout à fait possible en droit des entreprises en difficulté dès lors que le plan peut durer plus de cinq ans. La durée de la période d'observation peut donc constituer un obstacle à la reprise des poursuites des créanciers.

⁷³⁴ Cass. com, 24 mai 2005, D. 2005, AJ. 1632. Il incombe au créancier d'agir contre le débiteur aux fins d'obtention du titre exécutoire pour valider la mesure conservatoire (R.511-7CPCE). L'instance est suspendue jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire ; V. *supra* n° 515 s.

⁷³⁵ Com. 27 fév. 2007, D. 2007, AJ 947, obs. A. Lienhard ; Bull. civ. IV, n°68.

⁷³⁶ Avant la loi du 17 juin 2008, la prescription était de deux ans. Autrement dit, l'instance non reprise dans les deux ans de son interruption par le jugement d'ouverture était éteinte et donc radiée du rôle ; CA Paris, 25 fév. 2000, Rev. proc. coll. 2001, p. 252, obs. O. Staes.

⁷³⁷ La prescription extinctive ou libératoire est un mode d'extinction d'un droit (droit de poursuite en l'occurrence) par son non usage pendant un laps de temps.

522. Toutefois, dans cette hypothèse, cette mesure nous paraîtrait sévère dans la mesure où la durée de l'instance suspendue ou du moins de la période d'observation ne dépend pas du créancier. Or, sous l'angle du droit commun, la prescription sanctionne le créancier négligent ce qui n'est pas le cas du créancier dont les poursuites sont suspendues et qui doit attendre l'adoption ou le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire pour les reprendre. Il serait donc injuste de lui faire supporter à lui tout seul le poids de la lenteur des négociations en vue de l'adoption d'un plan.

523. Au demeurant, il convient de noter que, sous l'angle général du droit des procédures collectives, cette prescription peut recevoir une autre interprétation. Le créancier serait déclaré négligent non pas parce qu'il n'a pas été diligent, mais plutôt parce qu'il n'aura pas favorisé l'adoption rapide d'un plan nécessaire au redressement de l'entreprise, notamment par l'octroi de remises de dette ou de délais dans les procédures de sauvegarde et de redressement. On pourrait considérer qu'il est sanctionné à travers la prescription parce qu'il n'aurait pas profité des différents moyens de droit mis à la disposition du débiteur pour assurer le maintien de leur relation contractuelle, nécessaire à la continuité de l'activité de son débiteur. Il serait donc tenu pour responsable de l'échec de la procédure, car « la rapidité de la mise en œuvre d'un plan de redressement reste le plus souvent une condition déterminante de la survie de l'entreprise »⁷³⁸. Et c'est à lui que des efforts sont le plus demandés. Néanmoins, cette hypothèse est exceptionnellement envisageable et la pratique n'en fait pas suffisamment mention.

524. Dans le cadre de la procédure de sauvegarde et dans l'hypothèse de la régularité de la reprise d'instance, la poursuite de celle-ci pourrait se heurter aux dispositions de l'article R. 622-26 du code de commerce. Celui-ci dispose notamment que « les instances et les procédures civiles d'exécution suspendues (...) sont poursuivies à l'initiative des créanciers (...) selon les dispositions applicables à l'opposabilité de ce plan à l'égard des garants ». En d'autres termes, la reprise des poursuites contre la caution durant l'exécution du plan de sauvegarde se fera au gré des délais et remises de dette consentis au débiteur dans le plan. En revanche, ceci n'est vrai que dans la sauvegarde, car les dispositions du plan de redressement ne sont pas opposables par la caution.

⁷³⁸ A. Jacquemont, *op. cit.* n° 320.

525. Dans tous les cas, la reprise des poursuites des créanciers s'effectuera de plein droit dès l'adoption d'un plan et seulement sur présentation d'un justificatif de jugement arrêtant le plan conformément aux articles 101 du décret du 28 décembre 2005⁷³⁹ et R. 622-26 du code de commerce susvisé. Toutefois, si ces instances peuvent également être reprises en cas de jugement prononçant la liquidation judiciaire, leur reprise vise, au même titre que les mesures conservatoires, à assurer la préservation du droit de gage général des créanciers. Ces conséquences de la limitation de la SPI en droit français étant constatées, il convient désormais d'envisager sa limitation relative en droit OHADA.

B. La suspension des poursuites contre la caution en droit OHADA

526. Le législateur prévoit une durée légale de 4 mois au plus pendant laquelle les poursuites contre la caution personne physique seront suspendues conformément à l'article 9 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (I). Néanmoins, cette durée perd toute substance lorsqu'un règlement judiciaire est ouvert à l'encontre du débiteur au point de fragiliser la règle de la suspension des poursuites dans le cadre du redressement judiciaire (II).

I. La fixation d'une durée légale de 4 mois

527. De prime abord, il y a lieu d'observer que l'AUPC ne prévoit pas expressément de période d'observation comme en droit français. La période qui sépare la décision d'ouverture de la procédure et l'homologation ou l'exéquatur de l'accord de conciliation ou de l'adoption du concordat n'est pas désignée par un terme spécifique en droit OHADA. En revanche, le législateur détermine et précise les objectifs de la procédure durant cette période et ceux-ci semblent être les mêmes que dans la période d'observation. Dans la procédure de conciliation, cette période correspond, comme en droit français, à la période de recherche d'un accord entre le débiteur et ses principaux partenaires⁷⁴⁰. Et l'on peut regretter qu'il n'ait pas apporté la même précision dans les autres procédures et plus particulièrement dans le règlement préventif et le redressement judiciaire.

⁷³⁹ D. n° 2005-1677 du 28 déc. 2005, préc.

⁷⁴⁰ Art. 5-7 AUPC.

528. Si l'on considère la première procédure, on observera que le nouvel AUPC, malgré quelques efforts de clarté dans l'articulation de celle-ci⁷⁴¹, révèle un choix du législateur à géométrie variable qui ne simplifie pas la bonne compréhension des textes. La seule précision qui ressort de l'examen de l'encadrement de la SPI dans les différentes procédures est que le législateur africain ne l'a pas limité à la période équivalente à la période d'observation du droit français.

529. La durée d'application de la suspension des poursuites des créanciers contre la caution personne physique varie dans le temps en fonction des procédures. Dans le règlement préventif, le législateur africain, en permettant à la caution d'opposer au créancier poursuivant la SPI contre le débiteur⁷⁴², a fait le choix de limiter la suspension des poursuites à son égard à une durée bien déterminée. Celle-ci ne peut excéder 4 mois (3+1). Autrement dit, au plus tard 4 mois après la décision d'ouverture du règlement préventif, la SPI est censée prendre fin, mais le législateur ne distingue pas à quelle étape précise de la procédure interviendra la fin de la SPI. L'intérêt d'une telle précision réside dans le fait que la fin de la SPI implique la restauration du droit de contrainte du créancier⁷⁴³. Comme il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas, il convient d'envisager qu'a priori la SPI peut prendre fin à n'importe quelle phase de la procédure. Ce qu'il faut retenir ici c'est simplement la volonté du législateur de limiter la SPI comme en droit français, bien qu'il ait suivi une orientation différente s'agissant des termes de la limitation.

530. Toutefois, nous pensons qu'il est préférable de considérer cette durée de 4 mois comme une durée indicative et qu'en réalité la SPI contre la caution peut durer le temps de la procédure d'homologation du concordat préventif. Pour s'en convaincre, il convient d'examiner les motivations de la commission des experts en charge de la réforme de l'AUPC et des dispositions de l'article 14 AUPC. En effet, il ressort des travaux préparatoires de la réforme de l'AUPC que la durée maximale de 4 mois correspond à une volonté des rédacteurs de l'AUPC de « limiter

⁷⁴¹ Avant l'AUPC de 2015, il existait une certaine confusion dans la détermination de l'origine de la SPI contre le débiteur et des effets du jugement d'ouverture de la procédure du règlement préventif. Non seulement la SPI ne résultait pas de la décision d'ouverture, mais en outre elle emportait les conséquences d'une décision d'ouverture, ce qui naturellement était illogique et plutôt vu comme erreur de plume du législateur africain. Cette confusion a été supprimée par le nouvel AUPC qui a précisé que la SPI était une conséquence de la décision d'ouverture.

⁷⁴² Art. 9 al. 5 AUPC.

⁷⁴³ La même solution est retenue en droit français.

strictement la durée du règlement préventif, mais aussi de la suspension des poursuites »⁷⁴⁴ dont profite la caution personne physique.

531. La durée de la SPI est confondue avec celle du règlement préventif. Or, les dispositions de l'article 14 nous révèlent que cette durée peut être encore prolongée d'au minimum un mois (art. 14 al.3), le temps nécessaire à la procédure d'homologation du concordat préventif (art. 13 et 14). Il eut été judicieux pour le législateur de limiter plus simplement, mais surtout plus clairement, la durée de la SPI notamment contre la caution personne physique en prenant en compte la durée de la procédure d'homologation du concordat préventif. Pour des besoins de clarté et de précision, une réécriture des articles 9 alinéa 5, 13 et 14 AUPC semble nécessaire.

532. Cette limitation correspond mieux à l'idée de départ, mais mal formulée des articles 9,13 et 14 susmentionnés. Le cas échéant, le législateur aura une autre alternative, moins compatible avec l'objectif de paiement des créanciers qui irrigue l'AUPC, mais allant dans le sens du besoin d'harmonisation de la durée de la SPI dans les différentes procédures, celle d'étendre la SPI contre la caution personne physique à l'exécution du concordat. C'est notamment le choix effectué dans le cadre du redressement judiciaire.

II. Une limitation fragilisée dans le cadre du redressement judiciaire

533. L'ouverture de la procédure de redressement judiciaire en droit OHADA aboutit à l'homologation d'un concordat de redressement judiciaire dont les dispositions ne sont pas opposables par la caution quelle qu'elle soit. Il en est de même s'agissant de la SPI contre le débiteur qui ne profite pas à la caution comme en droit français. Néanmoins, tout comme la loi française, la loi africaine permet tout de même à la caution personne physique de se soustraire aux poursuites des créanciers, mais, cette soustraction se veut provisoire. Dans cette hypothèse, partant du postulat selon lequel la suspension des poursuites contre la caution personne physique remplit son objectif une fois qu'un accord a été trouvé entre le débiteur et ses créanciers, l'homologation du concordat préventif met fin à son application.

534. Cependant, aux termes des dispositions de l'article 75-1, dans sa rédaction issue de l'AUPC du 10 septembre 2015, la suspension des poursuites contre la caution personne physique a lieu

⁷⁴⁴ Avant-projet d'amendements à l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, motifs des dispositions de l'art. 9 al.1, p. 23, de l'art. 13 al.1, p.27 et art. 14 al.3, p. 28.

dès la décision d'ouverture du redressement judiciaire et se poursuit dans l'exécution du concordat qui en résulte. Cette précision permet de distinguer le droit français du droit OHADA. Ce dernier fait preuve d'innovation en ce sens qu'en droit français la SPI contre la caution personne physique n'a lieu que durant la période d'observation aussi bien dans la sauvegarde que dans le redressement judiciaire, étant rappelé que les cautions personnes physiques peuvent se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde. L'application de la SPI au-delà de la période d'observation est une nouveauté pour le droit des procédures collectives⁷⁴⁵. Cette mesure allonge la durée de la paralysie des poursuites des créanciers contre la caution personne physique et par ricochet repousse la limite de la SPI. Dès lors, la protection de la caution semble plutôt renforcée, elle ne devrait pas s'inquiéter des poursuites des créanciers durant toute la procédure si le concordat est bien exécuté.

535. Il existe une véritable volonté du législateur africain de mettre le dirigeant caution dans les meilleures conditions possibles pour mener à bien la réussite de la procédure, non pas seulement l'homologation du concordat. Sous cet angle, la suspension des poursuites contre la caution personne physique revêt un caractère rarement mis en exergue : la SPI n'est plus simplement envisagée comme un moyen d'inciter le dirigeant à solliciter l'ouverture de la procédure, raison pour laquelle elle prend généralement fin dès l'homologation du concordat ou l'adoption du plan, mais bien plus comme une mesure à part entière de redressement de l'entreprise au même titre que la SPI contre le débiteur.

536. Il s'agit d'un véritable alignement de la situation de la caution personne physique sur celle du débiteur principal. Tout comme ce dernier, la caution ne sera pas inquiétée des poursuites des créanciers avant et pendant l'exécution comme peut notamment l'être le débiteur dans le cadre de la nouvelle procédure de conciliation du droit OHADA⁷⁴⁶. Et, à supposer que les difficultés qui ont justifié l'ouverture du redressement judiciaire aient disparu durant l'exécution du concordat, il y aura clôture de la procédure pour extinction du passif et la SPI aura duré le temps de la procédure. Dans ces conditions, les créanciers ne retrouveraient leur droit de contrainte contre la caution qu'après l'exécution du concordat du fait de l'évolution de la situation économique du débiteur⁷⁴⁷. A l'évidence, la limitation de la SPI contre la caution est fragile dans le cadre du

⁷⁴⁵ Elle s'étant au-delà de façon implicite en droit français.

⁷⁴⁶ Art. 5-12 AUPC.

⁷⁴⁷ P-M. Le Corre, Les clôtures, Rev. proc. coll. avr.-juin 2008, doss. 14, n° 11 et 12, p. 138.

redressement judiciaire. Seule la résolution du concordat de redressement judiciaire pour défaut d'exécution permettra aux créanciers de retrouver plus rapidement leur droit de contrainte.

537. Les travaux préparatoires de la réforme de l'AUPC indiquent que l'interdiction faite aux créanciers de mettre en œuvre le cautionnement a, en principe, pour effet et pour objet de rendre les procédures attractives. L'idée est d'inciter le dirigeant caution à y recourir plus rapidement⁷⁴⁸ en amont des difficultés de son entreprise. De ce point de vue, il semble que le législateur a manifesté, contrairement à son homologue français, une plus grande ambition dans le redressement en permettant à la caution personne physique de se soustraire aux poursuites des créanciers au-delà même de l'homologation du concordat de redressement judiciaire.

538. En réalité, il ne s'est pas contenté, à l'image du législateur français, de limiter la suspension des poursuites jusqu'à l'adoption du concordat. Théoriquement, il n'y a pas de doute que cette mesure contribuera à rendre plus attractif le redressement judiciaire au même titre *mutatis mutandis* que le règlement préventif.

539. Ce constat démontre cependant paradoxalement la faible ambition du législateur à prévenir plutôt que guérir. En rendant, le redressement judiciaire aussi attractif, sinon plus attractif, que le règlement préventif, s'agissant de la suspension des poursuites, le législateur africain se démarque une nouvelle fois de son homologue français. De ce point de vue, l'anticipation n'est pas une priorité à partir du moment où, que le débiteur soit ou non en état de cessation de paiement, il n'aura pas à craindre les poursuites des créanciers durant les deux procédures sous réserve de la durée de la SPI et des effets de résolution du concordat. L'effet inverse est qu'il pourra toujours attendre de cesser ses paiements pour solliciter l'ouverture du redressement judiciaire. Il aura même plus d'intérêt à solliciter l'ouverture du redressement plutôt que celle du règlement préventif. Cela peut surprendre, et on pourra nous opposer les dispositions du concordat préventif dont la caution personne physique peut se prévaloir, ce qui fait que, outre la SPI, la caution peut toujours se prévaloir des délais consentis au débiteur, lesquels prolongent l'effet de la suspension des poursuites durant l'exécution du concordat. Alors que la caution ne profite pas notamment des délais du concordat de redressement judiciaire.

⁷⁴⁸ Avant-projet d'amendements à l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, p. 23 (pour le règlement préventif) et p. 112 (pour le redressement judiciaire).

540. Ce qui n'est pas inexact, à ceci près ; on peut se demander si la caution personne physique a vraiment besoin des délais du concordat alors que durant son exécution le droit de contrainte des créanciers est suspendu. On répondra par la négative, car les délais de paiement ne paralysent pas en réalité les poursuites des créanciers et une fois la créance devenue exigible rien n'empêchera le créancier de poursuivre la caution avant de solliciter éventuellement la résolution du plan si le débiteur est défaillant durant l'exécution du concordat. Or, avec la suspension des poursuites, seule la résolution du concordat, qui constate la défaillance du débiteur et permet, sous réserve des dispositions de l'article 138-1 AUPC, de convertir le redressement judiciaire en liquidation des biens, permettra de lever la mesure de suspension des poursuites des créanciers. Par conséquent, la mesure est nettement plus avantageuse pour la caution dans le redressement judiciaire que dans le règlement préventif dans lequel la SPI ne remplira finalement pas son objectif de rendre ce dernier plus attractif que le premier.

541. Par ailleurs, eu égard aux intérêts des créanciers, et dans la perspective d'attirer plus d'investisseurs pour assurer le développement économique de l'espace OHADA, la SPI durant l'exécution du concordat constitue une mesure particulièrement paradoxale. En effet, n'est-il pas paradoxal d'organiser les procédures collectives autour de l'objectif du paiement des créanciers et de priver en même temps ces derniers de leur droit de poursuite lorsque le débiteur a cessé ses paiements ? On peut noter que cette mesure est contraire à l'esprit de l'AUPC et mérite une meilleure prise en compte, d'autant plus que le droit OHADA doit faire face à la concurrence de normes étrangères plus avantageuses pour le créancier. Les mesures qui visent à restreindre les droits du créancier ne doivent pas être trop rigoureuses, car elles risqueraient de ne pas emporter l'adhésion psychologique de ce dernier au risque d'anéantir les efforts de redressement consentis par les différents acteurs à la procédure. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il lui est permis de prendre des mesures conservatoires contre la caution dans l'hypothèse de la SPI à son encontre.

Paragraphe 2. L'admission des mesures conservatoires contre la caution

542. Dans une dialectique d'équilibriste du droit des procédures collectives⁷⁴⁹, la suspension des poursuites contre la caution apparaît comme un poids de la balance dont le contre poids est la prise de mesures conservatoires contre la caution personne physique. La première étant la reprise

⁷⁴⁹ Le législateur est dans la recherche permanente de concilier des intérêts du créancier et ceux du débiteur ou encore de la caution.

des poursuites suspendues contre cette dernière. Ces mesures conservatoires que le créancier peut prendre contre la caution constituent un moyen de préservation des chances de paiement du créancier par la conservation des éléments du patrimoine de la caution nécessaires au dit paiement. Également, de façon théorique, elles permettent un encadrement de la suspension des poursuites contre la caution afin qu'elle ne soit pas préjudiciable aux droits du créancier. De sorte qu'*in fine* les mesures conservatoires contribuent à la préservation des droits et intérêts des créanciers.

543. La notion de mesure conservatoire est un moyen de droit que le créancier peut être amené à exercer sur le patrimoine du débiteur afin de sauvegarder et préserver ses chances de remboursement. La mesure conservatoire a donc un objectif préventif qui est d'éviter que la caution, contre laquelle les poursuites sont suspendues, qui se voit menacée par des poursuites après la période d'observation, ne profite du temps séparant la reprise des poursuites du créancier de l'exécution de son engagement pour vider son patrimoine de l'actif y figurant. L'article L. 622-28 alinéa 3 du code de commerce prévoit ainsi que les créanciers bénéficiaires des garanties peuvent prendre des mesures conservatoires.

544.. La prise de mesures conservatoires par le créancier le maintien de l'obligation de la caution à son égard, et la possibilité de retrouver et d'exercer efficacement son droit de poursuite. Elle est une limite à l'immunité judiciaire et d'exécution dont jouit la caution durant la période d'observation.

545. Par ailleurs, les mesures conservatoires permettent également de reconstituer le patrimoine du débiteur afin d'assurer la continuité de son activité. Le créancier a ainsi, de façon générale, le choix entre la mise sous séquestre⁷⁵⁰, la consignation de sommes d'argent⁷⁵¹, la désignation d'un administrateur, la saisie conservatoire⁷⁵², la saisie de sommes d'argent ou d'objets mobiliers détenus par un tiers telle qu'une banque.

⁷⁵⁰ Mesure conservatoire à caractère provisoire permettant de mettre « sous-main de justice » une somme d'argent, un bien meuble ou immeuble pour le rendre momentanément indisponible jusqu' à ce qu'intervienne une transaction entre le débiteur et les créanciers (adoption du plan), ou jusqu'à ce que soit rendu une décision de justice (jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire).

⁷⁵¹ Un type de séquestre qui consiste en un dépôt de sommes d'argent auprès d'une caisse public à titre conservatoire.

⁷⁵² Mesure conservatoire dont l'unique objet est de rendre indisponible un ou plusieurs éléments (bien mobilier corporel ou incorporel) du patrimoine du débiteur. V. en ce sens R. Perrot et P. Thery, Procédures civiles d'exécution, D. 3^e éd. 2013, n° 1171 ; R. Lauba, Le contentieux de l'exécution, LexisNexis 2012, coll. ENM, n° 648 s.

546. Toutefois, l'article 67 alinéa 2 de la loi de 1991, retient deux types de mesures conservatoires à savoir la saisie conservatoire et la sûreté judiciaire. La saisie conservatoire portera sur les seuls biens mobiliers de la caution qu'ils soient corporels⁷⁵³ ou non⁷⁵⁴. Les biens immobiliers feront l'objet d'une hypothèque judiciaire. C'est à la lumière de ces considérations et afin d'éprouver l'impact de cette mesure sur l'immunité dont jouit la caution personne physique durant la période d'observation, qu'il convient d'examiner la légitimité des mesures conservatoires prises contre la caution (A), dans le cadre de la suspension des poursuites (B).

A. La légitimité de la prise des mesures conservatoires contre la caution dans le redressement judiciaire

547. En droit commun, lorsque les mesures conservatoires sont prises elles ont pour but de permettre à leur auteur de préserver et sauvegarder des bien ou le droit d'exécution forcée lorsqu'il n'est pas en mesure de l'exercer. Ce moyen répond notamment à une crainte du créancier sur la quant à la disparition imminente ou future d'un bien ou des éléments du patrimoine de son débiteur nécessaires à son remboursement. Le législateur subordonne sa mise en œuvre à l'obtention préalable d'une autorisation du juge qui consiste à vérifier que la créance alléguée apparaît fondée en son principe et que des circonstances sont susceptibles d'en menacer le recouvrement⁷⁵⁵.

548. De ces premières observations, la prise de mesures conservatoires apparaît a priori légitime pour le législateur. En revanche, cette légitimité ne tient pas au caractère certain de la créance invoquée⁷⁵⁶ comme ce fut le cas sous le régime de l'ancien code de procédure civile⁷⁵⁷, ni liquide⁷⁵⁸ et exigible notamment à terme. Une simple apparence de fondement de la créance⁷⁵⁹

⁷⁵³ Il s'agit notamment de la saisie conservatoire de créance monétaire sur les biens meubles corporels du débiteur qui a vocation à se transformer en saisie-vente, mesure d'exécution forcée qui lui est applicable. Car à chaque mesure conservatoire correspond une mesure d'exécution bien déterminée.

⁷⁵⁴ C'est notamment le cas des saisies conservatoires de créances, de droits d'associé et des valeurs mobilières. D'autres biens peuvent également faire l'objet de saisies. Dans tous les cas les mesures d'exécution correspondantes sont respectivement la saisie attribution et la saisie vente.

⁷⁵⁵ Art. 67 al.1 dans sa rédaction issue de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, aujourd'hui codifiée V. également P. Hoonakker, Procédures civiles d'exécution (voies d'exécution procédures de distribution), Larcier 2013, collection Paradigme, n° 788 s.

⁷⁵⁶ Civ 1^{ère}, 2 fév. 1999, n°96-16718, bull. civ. I, n° 37. Com. 9 oct. 2001, n° 98-18487, Bull. civ. IV, n°164 ; JCP E, jurispr. p. 762, note O. Salvat ; RJDA 2002, n°197.

⁷⁵⁷ Il fallait en effet justifier d'un « principe certain de créance ».

⁷⁵⁸ Créance liquide c'est-à-dire dont le montant est déterminé ou peut l'être de manière certaine en argent.

suffit et il appartient au juge d'apprécier souverainement ledit caractère⁷⁶⁰. En outre, la menace du recouvrement de la créance invoquée⁷⁶¹ rend également légitime la prise de mesures conservatoires par le créancier en vue de sauvegarder ses intérêts. Même s'il convient d'observer que le créancier disposant d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice non encore exécutoire est dispensé de toutes ces exigences⁷⁶², ces actes juridiques remplissant *a priori* ces conditions.

549. Par ailleurs, l'effet principal de la mise en œuvre d'une mesure conservatoire préalablement autorisée ou non⁷⁶³ par le juge réside dans l'indisponibilité des biens saisis. Celle-ci implique par exemple que la saisie conservatoire opérée par le créancier rend les biens saisis du débiteur inaliénables. Confiés et détenus par un tiers ils ne peuvent pas être déplacés « si ce n'est pour cause légitime en informant préalablement le créancier de l'endroit où ils seront déplacés (CPCE, art. R. 222-21-4°, qui renvoie à l'art. R. 221-13 relatif à la saisie vente des biens meubles corporels) »⁷⁶⁴.

550. Dans le processus de mise en œuvre de la mesure conservatoire il faut observer qu'une fois celle-ci autorisée par le juge, ce qui suppose que son auteur ne détient pas de titre exécutoire, la mesure (saisie conservatoire ou sûreté judiciaire⁷⁶⁵) devra être convertie en mesure d'exécution forcée c'est-à-dire par exemple une saisie-vente lorsqu'une saisie conservatoire aura été pratiquée. Cette dernière précision permettra de mieux appréhender les développements ci-dessous. En conséquence, il va de soi que les procédures d'insolvabilité telles que l'ouverture

⁷⁵⁹ La terminologie légale de « créance fondée en son principe » n'est point définie par le législateur. Cependant, sous le régime de l'ancien article 48 ACPC, la jurisprudence et la doctrine la définissait par référence aux caractères certain, liquide et exigible que requièrent une créance pour entraîner une procédure d'exécution forcée. Ce principe de définition n'a pas changé malgré la réforme du 9 juillet 1991. V. en ce sens civ. 1^{er}, 2 fév. 1999, n° 96-16.718, Bull. civ. I, n°37 ; Procédures mars 1999, n° 61, note R. Perrot. V. également S. Guinchard, Droit et pratique des voies d'exécution, D. 2014, n° 611.41 et s. ; P. Hoonakker, *op. cit.* n° 789 s.

⁷⁶⁰ Civ 1^{ère}, 2 fév. 1999, préc. *supra* note 751 ; V. également not. Civ. 2^e, 10 déc. 1998, n° 96-21730, bull. civ. II, n°298.

⁷⁶¹ L'art. L511-1 a substitué les « circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement » aux conditions tenant à l'urgence et au péril du recouvrement de la créance appliquées sous l'ancien régime notamment de la loi du 12 novembre 1955. V. également Civ. 2^e, 26 nov. 1998, n° 96-12840.

⁷⁶² Art. L. 111-3CPCE (anc. Art. 68 al.1 L. 9 juill. 1991, préc.

⁷⁶³ Le législateur prévoit certains cas dans lesquels l'autorisation judiciaire n'est pas nécessaire : outre les cas d'obtention d'un titre exécutoire ou d'une décision de justice non encore exécutoire il faut ajouter les hypothèses de défaut de paiement d'un effet de commerce tel que la lettre de change, un billet à ordre ou un chèque ou enfin l'hypothèse d'un loyer resté impayé dès lors qu'il résulte d'un contrat écrit de louage d'immeubles (art. 68 préc. *in fine*).

⁷⁶⁴ P. Hoonakker, *op. cit.* n° 854.

⁷⁶⁵ Art. 67 al. 2 L. 1991, préc.

d'une procédure collective menacent le recouvrement de la créance. C'est dans cette logique que la possibilité pour le débiteur *a fortiori* le créancier de prendre des mesures conservatoires a toujours existé dans le droit des procédures collectives notamment dans la loi de 1967 dans laquelle elles s'appliquaient au débiteur, et celle de 1985 dans laquelle elles ne concernaient que l'entreprise.

551. S'agissant de la situation du débiteur, si aucune mesure conservatoire ne peut être prise contre lui ⁷⁶⁶au risque d'aggraver sa situation, il est permis d'en prendre pour conserver son patrimoine et le reconstruire en vue de maintenir son activité, objectif fondamental de la législation relative aux entreprises en difficulté en France. Ces mesures peuvent être exercées par le débiteur lui-même ou par le mandataire de justice concernant le débiteur de l'entreprise en difficulté. De ce point de vue, il se comporte comme tout créancier et les règles de droit commun s'appliquent dans ces conditions⁷⁶⁷.

552. Toutefois, appliquée à la caution on aurait pu (vite) penser que le caractère accessoire de son engagement lui permettrait de se prévaloir de cette règle d'inapplication de la mesure conservatoire dans les procédures collectives. Si cette revendication était légitime sous le régime de la loi de 1985, la loi de 1994 a vite dissipé tout doute en décidant expressément que le créancier peut prendre des mesures conservatoires contre la caution⁷⁶⁸.

553. Dans un premier temps, concernant les conditions de l'autorisation judiciaire, évidemment l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur principal et la suspension des poursuites contre la caution menace le remboursement des créances. En effet, il est légitime de craindre que la caution ne profite de la période d'observation pour dissimuler son patrimoine. C'est sur la base de cette crainte, une fois de plus légitime, que le créancier peut être autorisé à prendre les mesures conservatoires contre la caution durant « sa période d'immunité ». L'autorisation d'une mesure conservatoire contre le débiteur, caution, obéit d'abord à une présomption de mauvaise foi.

554. Dans un second temps, en droit commun, la créance doit être fondée en son principe. Sur ce point, comme sur le précédent d'ailleurs il n'est pas question d'exiger du créancier qu'il justifie

⁷⁶⁶ Art. L. 622-21 C. com.

⁷⁶⁷ P. Canet, Les voies d'exécution issues de la loi du 9 juillet 1991 face au redressement et à la liquidation judiciaires, Rev. proc. coll. 1995, p. 281.

⁷⁶⁸ Art. L. 622-28 al.3. C. com.

d'une telle créance, dès lors que son existence est suffisamment attestée par son admission à la procédure du débiteur pour reprendre les auteurs⁷⁶⁹. C'est seulement dans le cas contraire que cela serait nécessaire. Néanmoins, le fait pour le créancier de prendre des mesures conservatoires contre la caution ne signifie pas qu'il peut recouvrer immédiatement sa créance de telle sorte que ce droit reconnu au créancier ne remet pas en cause la SPI contre la caution personne physique.

B. Une absence de remise en cause de la suspension provisoire des poursuites contre la caution *in bonis*

555. La prise d'une mesure conservatoire a pour vocation à se transformer en mesure d'exécution forcée. Elle est autorisée par le juge et sa mise en œuvre nécessite l'obtention d'un titre exécutoire pour qu'elle soit convertie en une mesure d'exécution forcée. De son autorisation à sa mise en œuvre, elle requiert l'intervention du juge qui lui donne un caractère judiciaire particulier dans le droit commun des procédures civiles d'exécution. Pourtant malgré la controverse qui a présidé à son application dans les procédures collectives⁷⁷⁰, il n'en demeure pas moins que le degré de « judiciarisation » des mesures conservatoires ne remet pas en cause l'immunité de la caution et cette position est notamment soutenue et consacrée par la jurisprudence. Par ailleurs, cette mesure peut s'avérer inutile lorsqu'elle est appliquée à certaines cautions personne physique dans certaines situations.

556. Au regard de tout ce qui précède, il résulte une prépondérance de la suspension des poursuites contre la caution (I) qui s'accompagne de la possibilité pour le créancier de saisir le juge pour obtenir l'autorisation de prendre des mesures conservatoires contre cette dernière. Aussi, cette prépondérance de la suspension des poursuites contre la caution modifie les règles d'application des procédures civiles d'exécution (II).

I. La prépondérance de la suspension des poursuites contre la caution

557. Le législateur entend concilier au mieux les intérêts des créanciers et ceux de ses débiteurs dans le droit des procédures collectives. Les mesures sont prises en vue de la prévention et du

⁷⁶⁹ R. Perrot et P. Thery, *op. cit.* n° 1312.

⁷⁷⁰ Rappelons que nous sommes dans l'hypothèse d'un créancier antérieur, qui n'a pas initié de mesure conservatoire avant le jugement d'ouverture de la procédure, qui ne dispose d'aucun titre exécutoire et qui n'est pas dispensé de l'autorisation préalable du juge.

traitement des difficultés des entreprises. C'est notamment le cas de la suspension des poursuites contre la caution personne physique qui protège les intérêts de cette dernière et de la possibilité pour le créancier de prendre des mesures conservatoires contre elle.

558. Cependant, cette conception équilibriste du législateur, au demeurant salutaire, a ceci de particulier qu'elle élude parfois les normes propres à d'autres disciplines du droit au point d'être incompatibles vis-à-vis d'elles. Cette difficulté de compatibilité apparente s'observe entre les mesures adoptées par le législateur des entreprises en difficulté et les exigences procédurales de prise et de mise en œuvre des mesures conservatoires et cela au lendemain de la modification de l'article 55 de la loi de 1985. C'est notamment la question de l'affrontement entre le droit des entreprises en difficulté et celui des procédures civiles d'exécution, la jurisprudence ayant été un arbitre décisif.

559. La difficulté tenait à ce que, dans le même temps, alors que le législateur des procédures collectives suspend les poursuites contre la caution personne physique et autorise le créancier à prendre des mesures conservatoires contre elle, le droit des procédures civiles d'exécution exige du créancier, à peine de caducité de la mesure conservatoire, qu'il introduise, dans le mois suivant son exécution, les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire⁷⁷¹. En effet, pendant longtemps la doctrine⁷⁷² a mis en exergue, à juste titre d'ailleurs, l'existence d'un nœud gordien entre la possibilité pour le créancier de prendre des mesures conservatoires contre la caution, alors qu'elle bénéficie de la suspension des poursuites⁷⁷³, et l'exigence de l'obtention d'un titre exécutoire, pour la mise en œuvre desdites mesures, par le créancier, sous peine de caducité, dans le délai d'un mois, comme le prévoit l'article L.511-7⁷⁷⁴ du code des procédures civiles d'exécution, qui reprend la formule de l'ancien article 215 D. 31 juillet 1992⁷⁷⁵.

⁷⁷¹ V. en ce sens S. Guinchard et T. Moussa, *Droit et pratique des voies d'exécution*, D. 2013, n° 154.74 ; C. Lefort, *Le sort de la saisie conservatoire de créances pratiquée antérieurement au jugement d'ouverture d'une procédure collective*, Dr. et proc. juill.-août 2003, n° 204 ; F. Reille, *op. cit.* n° 126 s.

⁷⁷² V. not. obs., A. Lienhard, sous Com. 24 mai 2005, D.2005, AJ, p.1632 ; et, à propos du même arrêt, F. Macorig-Venier, *Act. proc. coll.* 2005, p. 212.

⁷⁷³ Art. L. 622-28 al. 2 et 3 et R. 622-26.

⁷⁷⁴ Art. L.511-1 CPCE: « si ce n'est dans le cas où la mesure conservatoire a été pratiquée avec un titre exécutoire, le créancier doit, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire » (Anc. art. 215 D. 31 juill. 1992).

⁷⁷⁵ Anc. art. 215 D. 31 juill. 1992 ; V. égal. anc.art. 70 L. 9 juill. 1991: « à peine de caducité de la mesure conservatoire, le créancier doit, dans les conditions et délais fixés par décret en Conseil d'Etat, engager ou poursuivre une procédure permettant d'obtenir un titre exécutoire s'il n'en possède pas ».

560. De façon pratique, le créancier qui souhaite prendre des mesures conservatoires sur le patrimoine de la caution après l'ouverture de la procédure doit au préalable requérir l'autorisation du juge ou disposer d'un titre exécutoire c'est-à-dire (en l'occurrence) une décision de justice (un jugement de condamnation de dettes) « qui permet de recourir au recouvrement forcé de la dette ». En d'autres termes, cela implique que le créancier initie une action au fond contre la caution⁷⁷⁶, ce qui va *a priori* à l'encontre de la règle de l'immunité de la caution.

561. Face à cette situation difficile à dénouer, plusieurs interprétations et solutions avaient été mises en exergue par la doctrine⁷⁷⁷ et la jurisprudence⁷⁷⁸. La question procédurale majeure qui avait suscité les controverses avait orienté le débat vers deux interrogations qui impliquaient des lectures antagonistes. Il s'agissait notamment de savoir si les dispositions de l'article L.621-48 devenu l'article L.622-28 suspendaient le délai d'un mois à peine de caducité. À cette question, la Cour d'appel de Paris a répondu par l'affirmative dans un arrêt en date du 9 février 1999⁷⁷⁹. L'article 215 ne devait donc pas s'appliquer. Ou, si ces dispositions suspendaient la procédure au fond en cours. Ce qu'une autre partie de la jurisprudence soutenait⁷⁸⁰. L'article 215 D.31 juillet 1992 devait donc s'appliquer. Le débat portait ainsi sur les rapports de force entre le droit des procédures collectives et celui des procédures civiles d'exécution. La chambre commerciale de la Cour de cassation a suivi la voie qui lui permet de tenir compte des deux textes sus évoqués⁷⁸¹.

⁷⁷⁶ Pour le professeur P-M. Le Corre, la mise en œuvre des mesures conservatoire « présuppose, en effet, qu'après la mesure conservatoire autorisée par le juge de l'exécution ou le président du tribunal de commerce, sauf pour le créancier à être en possession d'un titre, mais non exécutoire, le créancier assigne ou procède par voie d'injonction de payer, pour valider la mesure conservatoire, dans le mois qui suit l'exécution de la mesure » (*op.cit.* n° 712. 24).

⁷⁷⁷ V. en ce sens F. Pommier et B. Amigues, « Le sort des cautions coobligés et garants autonomes dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », LPA 9 mars 2005, n° 10 s., p. 11 s. Ces deux praticiens du droit (avocats) relèvent notamment le sort incertain des mesures conservatoires durant la période d'observation de la procédure de sauvegarde.

⁷⁷⁸ CA Paris, 15^e ch. A, 9 fév. 1999, JCP G 2000, I, 209, n°5 obs. P. Simler; RTD com. 2000, p. 723. CA Paris, 10 juin 1999, Act. proc. coll. 1999-16, comm. 21, obs. C. Regnant-Moutier; Rev. proc. coll. 2000, p. 13, n° 7, obs. F. M-Venier; RTD com. 2000, p. 723, obs. A-M. Serf; JCP G 2000, I, 209, n°5, obs. P. Simler et P. Delebecque.

⁷⁷⁹ Ibid. V. également TGI Saintes, 18 sept. 1998, D. Aff. 1999, p. 176, obs. A. L. ; Banque et Droit, mai-juin 1999, p. 42, obs. N. Rontchvesky.

⁷⁸⁰ CA Paris, 8^e ch. B, 10 juin 1999, préc. *supra* n° 510.

⁷⁸¹ Com. 24 mai 2005, Act. proc. coll. 2005-11, n°132, obs. J. Vallansan; D. 2005, act. jurispr. p. 1632, obs. A. Lienhard; D. 2005, p. 2084, obs. P. Crocq ; V.égal. après l'arrêté du plan : com.10 janv.2012, D.2012.215, suspension de l'instance jusqu'à l'éventuelle défaillance du débiteur ; com. 2 juin 2015 n°14-10.673, les condamnations deviendraient exigibles au fur et à mesure des échéances du plan de sauvegarde ; com.1^{er} mars 2016 n°14-20.553, le créancier d'un débiteur qui fait l'objet d'un plan de redressement est fondé, afin d'éviter la caducité de sa mesure conservatoire, à obtenir un jugement de condamnation de la caution avant l'exigibilité de la créance à son égard.

562. Concrètement, elle retient que le créancier, nonobstant la suspension des poursuites contre la caution personne physique, peut demander au juge l'autorisation de prendre une mesure conservatoire contre celle-ci. La suspension des poursuites ne fait donc pas obstacle à cette autorisation judiciaire préalable de droit commun. Et, dans le contexte de rapport de force entre la suspension des poursuites et les mesures qui gouvernent le droit des procédures d'exécution, la balance pencherait du côté de ce dernier. Puis elle décide de l'application de l'article 215 c'est-à-dire que le créancier peut initier une procédure au fond contre la caution en vue d'obtenir un titre exécutoire nécessaire à la conversion de la mesure conservatoire en mesure d'exécution. Toute chose qui semble *a priori* remettre substantiellement en cause la règle de la suspension des poursuites contre la caution en même temps qu'elle consacrerait la prépondérance du droit des procédures civiles d'exécution sur celui des procédures collectives, ainsi que nous le soulignons précédemment.

563. Cependant, le dispositif de l'arrêt de principe de la chambre commerciale de la Cour de cassation précise que la poursuite au fond initiée par le créancier sera suspendue conformément aux dispositions de l'article L. 622-28 du code de commerce. Ce qui permet à la règle de la suspension de poursuites de s'imposer définitivement dans ce conflit qui l'opposait à l'article 215 du décret de 1992. Ce qui n'est pas sans incidence sur la mise en œuvre des mesures conservatoires. Il faut donc en conclure que cette solution de la Cour de cassation ne permet pas en réalité au créancier de poursuivre la caution personne physique, laquelle, contrairement à la caution personne morale, ne devra pas être inquiétée par la requête en paiement introduite par le créancier durant la période d'observation. Elle lui permettra simplement d'échapper aux conséquences du délai légal d'un mois prescrit par l'article 215 précédemment cité. Néanmoins, bien qu'elle ne remette pas en cause la suspension des poursuites contre la caution, elle permet par exemple au créancier de prendre une mesure conservatoire contre la caution dont elle diffère la conversion, laquelle n'aura lieu qu'après la période d'observation. L'alinéa 3 de l'article L. 622-28 du code de commerce doit donc être entendu comme permettant simplement au créancier d'opérer une mesure conservatoire, mais non de la mettre en œuvre.

564. Du point de vue de la finalité d'une mesure conservatoire et de la protection des droits de créance du créancier, cette solution est salubre, car *in fine* elle permet au créancier de préserver ses droits et ainsi préparer la mesure d'exécution correspondant à sa mesure conservatoire prise.

Celle-ci ne pourra cependant être convertie en mesure d'exécution qu'après la période d'observation, sous réserve des mesures de protection que le législateur accorde à la caution personne physique. De ce fait, la mise en œuvre de sa mesure prendra plus de temps que si elle avait été autorisée durant la période d'observation. On observe malgré tout une fois de plus la jurisprudence, dans sa logique de compromis, semble avoir pallié cet inconvénient en décidant que le créancier n'aura pas à pratiquer une nouvelle assignation lors de la reprise de ses poursuites⁷⁸².

565. Cependant, bien que la validation des mesures conservatoires ne constitue pas pour nous une remise en cause de la suspension des poursuites, celle-ci met en revanche un bémol à l'application de la théorie de l'accessoire. En effet, le créancier ne peut prendre des mesures conservatoires contre le débiteur après l'ouverture de la procédure, l'immunité d'exécution dont il jouit étant presque absolue. En même temps, la nouvelle approche du caractère accessoire de l'engagement de la caution limite sa portée de sorte qu'il n'est plus considéré comme un principe absolu⁷⁸³, sans limites.

566. En tout état de cause, la récente solution retenue par les deux arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 24 mai 2005 sus évoqués ne sacrifie ni les intérêts du créancier ni ceux de la caution. Elle permet de les concilier, c'est donc une solution de compromis. Pourtant, même dans cet esprit d'équilibre, la suspension des poursuites arrive toujours à parvenir à ses fins notamment en empêchant une poursuite au fond et une condamnation de la caution. Une des conséquences de cette solution prétorienne.

II. Les conséquences liées à la solution prétorienne en droit français

567. Il convient de rappeler qu'une mesure conservatoire est favorable au créancier, en ce sens qu'elle lui permet de prendre une garantie sur les biens de son débiteur principal, ou accessoire, afin d'assurer le recouvrement de sa créance. Mais elle peut être nuisible au débiteur notamment si le bien saisi, rendu indisponible, est nécessaire à la poursuite de son activité. Dans ce contexte, le rôle du juge dans le droit commun des mesures conservatoires consistait ainsi à opérer un

⁷⁸² V. en ce sens observations A. Lienhard sous Com. 24 mai 2004, D. 2005, p. 1633.

⁷⁸³ D. Grimaud, *op. cit.* n° 215 s. l'auteur soutient que « le caractère accessoire est en effet largement entamé lorsqu'il entre en contact avec le droit des entreprises en difficulté et le droit du surendettement des particuliers » ; V. également, en ce sens D. Legeais, *op. cit.* n° 251.

contrôle préalable à la prise d'une mesure conservatoire afin de s'assurer que les intérêts des parties en cause sont bien respectés, excepté les 6 (six) cas de dispense de l'article L. 511-2 du code de procédure civile d'exécution. Ce rôle du juge est le même qu'en droit des procédures collectives où ce dernier doit veiller à l'équilibre des intérêts.

568. Les conditions de fond requises à la mise en œuvre des mesures conservatoires dans les procédures collectives simplifie le travail du juge et la procédure en elle-même (procédure d'admission de la créance). Le juge n'aura plus à vérifier si les conditions de fond sont réunies. En revanche, il serait tenu par la procédure collective et ne devrait pas rejeter une requête d'autorisation de prise de mesure conservatoire pour un quelconque motif. Le juge, contrairement au droit commun des mesures conservatoires, ne pourra rendre qu'une ordonnance d'autorisation pour permettre au créancier de pratiquer soit une mesure conservatoire, ainsi une sûreté judiciaire qui confèrera au créancier un droit de préférence et de suite sur le bien de la caution saisi (sans le rendre indisponible).

569. Par ailleurs, les dispositions de l'alinéa 3 de l'article L. 622-28 peuvent s'avérer inutiles vis-à-vis du dirigeant caution dans certaines conditions, notamment lorsque ce dernier aura déjà fait l'objet d'une telle mesure conformément aux dispositions de l'ancien article L. 621-19 devenu article L. 631-10 du code de commerce. L'hypothèse retenue ici est celle de la prise de mesures conservatoires, non pas dans la perspective de protéger les créanciers, mais dans celle de redresser l'entreprise en difficulté. De telles mesures prises en vue de sauvegarder les droits de l'entreprise consisteront par exemple à empêcher le dirigeant caution de céder ses parts sociales en vue de préserver l'outil de production.

570. La SPI contre la caution personne physique constitue une mesure de protection des intérêts de l'entreprise en difficulté, car elle permet d'anticiper ses difficultés pour mieux les traiter en amont. Elle est également, une mesure de protection des intérêts de la caution personne physique qui, soustraite au principe des poursuites immédiates du créancier, est à l'abri de certaines poursuites du créancier. Cette mesure qui profite au dirigeant caution ou à ses proches est de nature à redynamiser la mise en œuvre des solutions de redressement, précoces, de l'entreprise. Cette logique désormais partagée en principe par le législateur français et le législateur OHADA s'étend à l'exécution du plan ou du concordat sous une autre forme, c'est-à-dire à travers les délais consentis au débiteur.

CHAPITRE 2. LA PROTECTION DE CERTAINES CAUTIONS DURANT L'EXECUTION DU PLAN OU DU CONCORDAT

571. En droit commun, le débiteur qui n'est pas en mesure de fournir ponctuellement la prestation due au créancier peut obtenir diverses mesures lui permettant d'exécuter son engagement à une date ultérieure à celle initialement convenue. De façon conventionnelle, il peut obtenir une prorogation du terme de son créancier⁷⁸⁴ c'est-à-dire le report de l'échéance de son obligation, ou un rééchelonnement de sa dette. Et lorsque le créancier ne souhaite pas lui accorder un délai très long, la prorogation peut prendre la forme d'une remise partielle de dette car en réduisant sa créance le créancier espère recouvrer plus rapidement celle-ci. En fonction de sa situation, le juge peut lui un délai de grâce⁷⁸⁵, sur le fondement de l'article 1343-5 du code civil⁷⁸⁶.

572. De nature conventionnelle ou judiciaire, ces délais ont une incidence sur les poursuites des créanciers⁷⁸⁷ : le créancier ne peut plus réclamer au débiteur le paiement de sa créance si l'inexécution de son obligation est constatée à l'échéance initiale. C'est seulement dans l'hypothèse où l'inexécution est constatée à l'échéance nouvellement convenue que le créancier pourra exercer son droit de contrainte. Dès lors, il n'est pas inexact d'affirmer que le « délai de paiement est un mode de suspension de l'exécution de l'obligation »⁷⁸⁸ du débiteur, et, par ricochet, un obstacle aux actions en paiement du créancier.

573. En droit des procédures collectives, les délais de paiement et les remises de dette font partie intégrante des nouvelles modalités de paiement de la dette consenties au débiteur de la conciliation au redressement judiciaire en passant par la sauvegarde et le règlement préventif. En principe opposables *erga omnes*, comme toutes les autres modalités, les délais de paiement

⁷⁸⁴ V. *infra* n° 1202.

⁷⁸⁵ Art. 1343-5 C. civ. (anc. art. 1244-1 à 1244-3) ; V. également en ce sens Ph. Malaury, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1124.

⁷⁸⁶ Ph. Malaury, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1124.

⁷⁸⁷ Il faut peut-être nuancer cette affirmation lorsque le débiteur sollicite un délai de grâce après une condamnation. Dans ce cas précis, le délai de grâce obtenu par le débiteur sur le fondement de l'article 1343-5 du code civil suspend l'exécution du jugement condamnant le débiteur. Il en est ainsi lorsqu'un locataire de bonne foi en cours d'expulsion sollicite du juge un délai de paiement valant suspension de la clause résolution pour défaut de paiement des loyers.

⁷⁸⁸ M.A. Blatt, *Les délais de paiement*, Th. Toulouse 1997, n° 207.

accordés au débiteur ne profitent pas à la caution, même si une opinion différente fut émise par une partie de la doctrine française⁷⁸⁹.

574. Si cette solution, qui trouve son fondement traditionnel dans la finalité du cautionnement⁷⁹⁰, n'a pas évolué de la même façon en droit français⁷⁹¹ et en droit OHADA⁷⁹², elle suppose qu'en principe la caution demeure soumise aux poursuites des créanciers durant l'exécution du plan ou du concordat. Elle est condamnée à exécuter son obligation selon les conditions initialement définies, nonobstant les remises de dette et les délais de paiement accordés au débiteur principal. Elle doit honorer son engagement comme elle s'y était engagée.

575. Des réformes majeures sont intervenues dans les deux systèmes juridiques, depuis 2005 en France, et 2015 dans l'espace OHADA. La distinction entre les cautions prévaut dans le cadre de l'exécution du plan de sauvegarde ou du concordat préventif. Tel n'est pas le cas dans le cadre de la conciliation où toutes les cautions sont soustraites aux poursuites, elles peuvent se prévaloir des délais de paiement consentis au débiteur par les créanciers. Ces derniers devront attendre l'échéance consentie nouvellement arrêtée pour réclamer leurs prestations. Dans le règlement

⁷⁸⁹ Certains auteurs (V. dans le cadre du règlement amiable en droit français, P-M Le Corre, *op. cit.* n° 13.42 ; F. Perochon, *op. cit.* n° 170 s.) avaient considéré que la caution pouvait se prévaloir des délais consentis au débiteur dans le cadre d'un accord intervenu entre le débiteur et les créanciers sur le double fondement des dispositions de l'ancien article 1287 du Code civil français et de l'article 2013 (droit OHADA : art. 17 al. 3 - anc. art. 7 al.3 *in fine* AUS.), lequel défend l'idée selon laquelle la caution ne doit pas être plus durement traitée que le débiteur.

⁷⁹⁰ En exigeant un cautionnement, le créancier a transféré la charge du risque d'insolvabilité du débiteur sur la caution, de ce fait, la caution doit ce que devrait le débiteur nonobstant les changements intervenus dans la situation de celui-ci. Par contre, sous cet angle, les délais consentis n'ont aucune incidence sur la situation de la caution (Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996, n° 94-12.856, JCP E 1997. II. 903, note D. Legeais ; RTD civ. 1997.190, obs. Crocq), celle-ci reste soumise au terme primitif de l'obligation principale.

⁷⁹¹ Sous l'empire de la loi de 1985 (art. 64 al. 2), le législateur français distinguait la situation de la caution selon qu'il s'agissait d'une caution solidaire ou d'une caution simple. A la lecture du texte seule la première ne pouvait se prévaloir des délais et remises de dette consentis au débiteur dans le plan de continuation (C. com. anc. art. L. 621-25 « Le jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous. Toutefois, les cautions solidaires et coobligés ne peuvent s'en prévaloir »). Cette solution ne faisait pas l'unanimité, elle se démarquait de l'option qui était laissée à la caution en droit commun. Contrairement à la Cour de cassation qui semblait l'appliquer rigoureusement (Com. 23 nov. 2004, n° 03-17.235, Bull. civ. IV, n° 203 ; D. 2004.3220 s. obs. A. Lienhard ; D. 2005.653, note C. Lisanti ; Banque et droit, n° 99, janv.-févr. 2005.60 s. obs. N. Rontchevsky), certains auteurs ne comprenaient pas la distinction qui était faite entre la caution simple et celle solidaire (V. en ce sens M. Bourassin et V. Bremond, *op.cit.* n° 661; Pour ces auteurs, cette distinction était injustifiée, car « dès lors que le législateur décide de déroger au caractère accessoire de la sûreté au profit de sa fonction de protection des intérêts du créancier, il n'y a aucune raison pour qu'il le fasse seulement dans le cadre du cautionnement solidaire »).

⁷⁹² Sous l'empire de l'AUPC de 1998, le législateur africain s'était bien inspiré d'anciennes solutions consacrées en droit français sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 (Art. 49 AUPC) et surtout de la loi du 25 janvier 1985 qui interdisait expressément à la caution personne physique ou morale de se prévaloir des dispositions du plan de continuation. En revanche, à la différence de ces deux lois, le législateur OHADA n'avait pas reproduit l'ambivalence créée par l'alinéa 2 de l'article 64 de cette loi. De ce fait, ni le concordat préventif (anc. art. 18 al. 3 AUPC), ni le concordat de redressement (anc. art. 134 al.5 AUPC) ne profitaient à la caution.

préventif et la sauvegarde, seule la caution personne physique est concernée par cette mesure exceptionnelle du législateur. Dans ces trois procédures les deux systèmes de droit ne se distinguent pas, le droit OHADA s'étant aligné sur le droit français.

576. Toutefois, le premier semble se démarquer doublement dans le cadre du redressement judiciaire. La caution personne physique est sortie du champ des poursuites des créanciers, non pas sur le fondement de l'opposabilité des délais du concordat de redressement, mais sur celui de l'opposabilité de la règle traditionnelle de la suspension des poursuites conformément à l'article 75-1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Une innovation qui ne garantit pas en revanche le succès de la prévention des difficultés du débiteur, car la volonté des législateurs français et OHAD est de protéger la caution des poursuites des créanciers afin de favoriser la restructuration de l'entreprise. Une mesure dont le droit OHADA semble visiblement nuancer la conception par rapport au droit français.

577. La protection de certaines cautions durant l'exécution du plan et du concordat est un prolongement de l'application de la règle de la suspension des poursuites dont le bénéfice est également accordé à certaines cautions durant la période d'observation. Elle respecte la volonté des parties de différer l'exécution de l'obligation du débiteur principal (Section 1), et le choix des cautions concernées (Section 2).

Section 1. Le respect de la volonté des parties de différer l'exécution de l'obligation du débiteur principal

578. De manière plus générale, l'accord des parties est au cœur de la modification des modalités de paiement de la créance en ce qui concerne le moment et le quantum du paiement. La volonté des parties permet d'appliquer les modifications ainsi adoptées. Ce qui peut se recommander de la force obligatoire des contrats au sens de l'article 1103 du code civil⁷⁹³. Dès lors, s'il est vrai « qu'on ne peut faire le paiement d'une chose avant qu'elle soit due »⁷⁹⁴, le créancier qui accorde au débiteur une prorogation du terme, ou qui accorde simplement des délais de paiement au débiteur, manifeste sa volonté de se faire payer à une date postérieure à l'exigibilité initiale de sa créance.

⁷⁹³ Art. 1103 C. com. (anc. art. 1134); V. également M. Bourassin, V. Bremond, *op. cit.* n° 221.

⁷⁹⁴ Pothier, *Traité des obligations*, D. 2011, préf. J-L. Halpérin, n° 546.

579. La nécessité de l'accord des parties se manifeste notamment dans le cadre de l'opposabilité de la remise de dette par la caution sur le fondement de l'article 1350-2⁷⁹⁵. Il en est de même de la prorogation du contrat à durée déterminée à sa date anniversaire. L'article 1213 du code civil indique expressément que cette prorogation nécessite la manifestation de la volonté des parties avant son expiration⁷⁹⁶. Cette prorogation ne peut être opposée à la caution⁷⁹⁷. Le droit commun retient que les délais de grâce accordés au débiteur par le juge ne peuvent profiter à la caution.

580. Le droit des procédures collectives ne semble pas déroger à ce principe de droit commun. La jurisprudence⁷⁹⁸, relevant le contexte judiciaire dans lequel les délais ont été consentis au débiteur, a admis que la caution ne pouvait s'en prévaloir. Ce qui semble être contraire aux précédentes solutions. Il paraît dès lors judicieux de voir comment en droit français et en droit OHADA la suspension des poursuites contre certaines cautions, consécutive aux délais de paiement accordés au débiteur dans le cadre du plan et du concordat, tient compte de la manifestation de volonté du débiteur et du créancier (paragraphe 1), et de sa mise en œuvre (paragraphe 2).

Paragraphe 1. La prise en compte de la volonté du débiteur et du créancier

581. Il existe une forme de parallélisme dans le mécanisme de prorogation des délais de paiement qui résulte de la formation et de la modification des contrats. Seules les parties qui ont formé le contrat peuvent le modifier naturellement par leur consentement⁷⁹⁹. Le débiteur et le créancier doivent donc manifester leur volonté de différer le délai d'exécution de l'obligation principale. Dans le droit des procédures collectives, la manifestation de cette volonté se fait dans un processus de négociation en présence de certains organes de la procédure. Le débiteur manifesterait généralement la volonté de différer l'exécution de son obligation (A), tandis que le

⁷⁹⁵ Art. 1350-2 C. civ. (anc. art. 1287) : l'un des apports majeurs de l'ordonnance du 10 février 2016 qui crée l'article 1350-2 est qu'elle consacre le caractère contractuel de la remise de dette tout en la définissant contrairement aux dispositions de l'ancien article. La remise de dette est un contrat qui suppose l'accord des parties. Il ne s'agit donc pas d'un acte unilatéral : dans la mesure où l'obligation est un lien de droit qui unit plusieurs parties, celui-ci ne peut être rompu sans la volonté de celles-ci ; V. également, M. Bourassin, V. Brémont, *op. cit.* n° 365.

⁷⁹⁶ M. Latina et G. Chantepie, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Analyses et propositions*, D. 2015, p. 73 s.

⁷⁹⁷ Com. 9 avr. 2013, n° 12-18019 ; Art. 13 al. 3 AUS ; C. Bloud-Rey, *op. cit.* n° 378, p. 321 : que ce soit en droit français ou en droit OHADA, on relève en ce sens la nécessité de permettre à la caution de choisir la meilleure option, celle qui la met davantage à l'abri de l'éventuel risque d'une insolvabilité, ou d'une aggravation, organisée ou fortuite, des difficultés du débiteur.

⁷⁹⁸ Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996, Bull. civ. I, n° 420 ; M. Bourassin et V. Brémont, *op. cit.* n° 661.

⁷⁹⁹ V. en ce sens C. Bloud-Rey, *op. cit.* n° 337.

créancier fera le choix d'obtenir satisfaction, eu égard à la prestation attendue, à un moment distinct du celui initialement retenu (B).

A. La volonté du débiteur de différer l'exécution de son obligation

582. Dans le mécanisme d'élaboration des conventions-solution dans le cadre des procédures collectives, il appartient généralement au débiteur de mettre en place les points de référence de la négociation. En cela, il effectue des propositions concernant notamment les modalités de paiement de sa dette, lesquelles feront l'objet d'éventuelles négociations avec ses principaux créanciers, notamment ceux ayant déclaré ou produit leurs créances. Les propositions de prorogation des délais n'ont pas pour finalité d'éteindre la dette principale, mais plutôt de donner au débiteur un temps de répit nécessaire pour reconstituer son actif et surtout pour ne pas être poursuivi par les créanciers durant l'exécution de l'accord, du concordat ou du plan⁸⁰⁰. Il manifeste sa volonté d'obtenir un différé d'exécution de son obligation directement dans son projet d'accord.

583. Dans la conciliation, le conciliateur dûment désigné par la juridiction compétente aura pour mission de favoriser la conclusion d'un accord amiable c'est-à-dire de faciliter les négociations entre le débiteur et ses créanciers notamment afin de convenir d'un nouveau délai de paiement ou d'autres mesures propices à son redressement. L'évocation même d'un accord ou de son défaut par le législateur⁸⁰¹ matérialise en principe la rencontre des consentements des parties contractantes.

584. Par ailleurs, dans la procédure de sauvegarde ou de règlement préventif, la manifestation de volonté du débiteur de payer ultérieurement sa dette est plus marquée, en ce sens que le débiteur est celui qui fait en principe les propositions de clauses du concordat ou du plan. Ce processus au cours duquel il manifeste sa volonté est clairement défini par le législateur contrairement à ce qui précède. Le débiteur est celui qui va demander les délais et remises à ses principaux créanciers⁸⁰². Par exemple, le projet de concordat préventif constitue l'expression même de la volonté du

⁸⁰⁰ V. en ce sens D. Grimaud, *op. cit.* n° 227 : l'auteur qualifie ce délai de paiement comme un répit supplémentaire. Une opinion que nous partageons en ce sens que les délais qui sont consentis au débiteur durant l'exécution du plan constitue une mesure supplémentaire de suspension des poursuites des créanciers et donc de répit.

⁸⁰¹ Art. 5-7 AUPC « ...la période de recherche de l'accord »; 5-8 al.1 « ...l'impossibilité de parvenir à un accord » et 5-10 « l'accord signé peut... ».

⁸⁰² Art. 6-1, 13° et art. 7 AUPC.

débiteur d'obtenir du créancier des mesures susceptibles d'assurer son redressement. Ces mesures, dont font partie les délais de paiement, sont censées s'appliquer une fois que les créanciers auront manifesté leur accord, ou non, et que le juge compétent les aura homologuées conformément aux dispositions de l'article 18 AUPC.

585. En droit français, un débiteur peut solliciter l'ouverture de la conciliation dès lors que ses difficultés sont avérées ou prévisibles, et à condition de ne pas être en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours⁸⁰³. A ce propos, un auteur précise que les difficultés peuvent être potentielles⁸⁰⁴ c'est-à-dire qu'un débiteur *in bonis* peut solliciter l'ouverture de la conciliation s'il justifie que sans celle-ci ses difficultés « mineures » peuvent devenir sérieuses. Comme en droit OHADA, l'élaboration du plan exprime la volonté du débiteur de bénéficier d'un délai de paiement nécessaire à l'exécution de son engagement vis-à-vis du créancier, dont la créance est exigible ou proche de l'être. Il faut observer que cette manifestation de volonté est libre, il ne saurait en être autrement tant la proposition de délais formulée auprès de son créancier est *a priori* à son avantage.

586. En tout état de cause, le débiteur a l'initiative du projet d'accord de conciliation, du projet du plan de sauvegarde ou du concordat préventif ; il n'est pas contraint dans le choix de la durée des délais dont il a besoin pour assurer son redressement. Ces délais qui intègrent un ensemble de mesures dont le caractère sérieux est apprécié *in concreto*⁸⁰⁵ par la juridiction compétente ne sont pas aussi librement choisis par le créancier qui peut ne pas les accepter.

B. Le choix du créancier d'obtenir ultérieurement satisfaction

587. Le créancier qui en règle générale est consulté tout au long du processus d'adoption des dispositions de l'accord peut octroyer de façon ponctuelle des délais de paiement au débiteur de telle sorte que la négociation qui est au centre de cette adoption constitue le terrain privilégié de la manifestation de la volonté des parties à l'accord recherché. Pour les créanciers, cette consultation se fait individuellement, ou un cadre collectif juridiquement encadré par le

⁸⁰³ Art. L. 611-4 C. com. et art. 5-1 AUPC.

⁸⁰⁴ C. Le Gallou, *op. cit.* n° 405.

⁸⁰⁵ Art. 8 al. 1 AUPC.

législateur. Il en est ainsi lorsqu'un comité des créanciers existe au sein de l'entreprise en difficulté, ou celui de la masse des créanciers encore présente en droit OHADA.

588. Comme dans toute négociation, les créanciers ne sont pas tenus d'accorder des délais et remises au débiteur. Dans ce cas, la procédure prendra fin et il sera mis fin aux missions des organes de la procédure c'est-à-dire le conciliateur dans la conciliation et l'expert désigné par le juge compétent dans le règlement préventif. Le créancier a donc en théorie le choix de dire non aux délais qui lui sont proposés par le débiteur. En revanche, dans ce dernier cas uniquement, il n'est pas rare que le président de la juridiction compétente intervienne si les créanciers manifestent leur volonté de ne pas accorder des délais ou remises au débiteur. Dans cette hypothèse, définie dans l'article 15 alinéa 4 AUPC dans sa rédaction issue de la réforme de 2015, le président de la juridiction compétente « entend ces derniers sur les motifs de leur refus et provoque une (nouvelle) négociation entre les parties en vue de leur permettre de parvenir à un accord (définitif) ». Jusque-là, les créanciers sont encore libres de leur choix.

589. Cependant, les dispositions qui suivent cet alinéa semblent faire fi de cette liberté des créanciers à consentir ou non des délais au débiteur. En effet, il existe une hypothèse dans laquelle les délais sont finalement imposés aux créanciers qui auront manifesté leur volonté de ne pas accorder des délais au débiteur. Il en est ainsi, lorsque « malgré les bons offices du président, les parties ne parviennent pas à trouver un accord et dans le cas où le concordat préventif comporte seulement une demande de délai n'excédant pas deux ans, la juridiction compétente peut rendre ce délai opposable aux créanciers qui ont refusé tout délai et toute remise sauf si ce délai met en péril l'entreprise de ces créanciers »⁸⁰⁶.

590. Sur un tout autre plan, ces délais jugés imposés sont à l'évidence préjudiciables pour ces créanciers qui vont devoir attendre plus longtemps pour recevoir le paiement de leur créance. A cet égard, il convient de noter avec regret que le législateur n'a pas suivi les amendements apportés à ces dispositions de l'article 5. Lors des travaux préparatoires du projet de réforme de l'AUPC, il avait été suggéré d'apporter une souplesse à ces dispositions de sorte à alléger les sacrifices consentis par les créanciers en leur permettant, une fois ces délais imposés aux

⁸⁰⁶ V. également en ce sens J. Bougouma et F.M. Sawadogo, *op. cit.* p. 34 s.

créanciers, d'imposer également au débiteur de payer au minimum 25% de la créance à l'issu de chaque semestre⁸⁰⁷.

591. Cette proposition rend compte de l'idée que le délai de paiement consenti au débiteur dans le cadre de la procédure ne constitue pas une décharge de ce dernier, encore moins une spoliation du créancier. Ce dernier devra simplement s'engager à recevoir plus tardivement la prestation que lui doit le débiteur. Il faut retenir que dans le droit OHADA des procédures collectives, la volonté des créanciers s'exprime à travers les décisions de la masse. Les propositions du projet de concordat sont soumises à cette institution au travers de laquelle chaque créancier va exprimer son accord ou non aux propositions du débiteur. Dans ce contexte, certains y voient une façon de forcer le créancier à consentir les délais au débiteur.

592. Cet avis paraît, au demeurant, critiquable car à partir du moment où les créanciers sont regroupés en une masse et qu'un accord imminent est nécessaire au redressement de l'entreprise en difficulté, il serait dommage de ne pas l'obtenir parce que l'un des créanciers aurait manifesté une volonté contraire à tous les autres. Il est plus judicieux de considérer que la volonté collective des créanciers majoritaires l'emporte sur les volontés individuelles comme dans tout processus électoral démocratique. De ce fait même, il exclut l'idée que la minorité ne soit pas libre, car on ne peut pas attendre de la masse une opinion ou un choix unanime dans la mesure où tous ne poursuivent toujours pas les mêmes intérêts. D'ailleurs, un auteur français résume parfaitement cette idée en indiquant qu'« il serait contraire au but même de ce groupement (la masse) que l'on attendit le bon vouloir de chacun des intéressés ; quelques récalcitrants pourraient par leur refus, faire échouer les conventions les plus profitables à la collectivité. Il est donc nécessaire que la volonté de la majorité fasse la loi »⁸⁰⁸. C'est également la raison pour laquelle dans le même groupe tous ne sont pas habilités à parler au nom de celui-ci, seul le syndic est habilité à défendre l'intérêt de la masse des créanciers.

593. Il convient dès lors d'observer que si la manifestation de la volonté du débiteur ne semble poser aucune difficulté, celle du créancier davantage relatif lorsque le débiteur a cessé ses

⁸⁰⁷ Cette mesure aurait eu pour équivalent en droit français, du moins dans le principe, les dispositions de l'article L. 626-18 al. 4 ; V. en ce sens (en droit français) C. Le Gallou, *op. cit.* n° 607, p. 341.

⁸⁰⁸ L. Langelier, *Théorie générale de la remise de dette*, Th. Lille, 1992, p. 20.

paiements,⁸⁰⁹ mais n'en existe pas moins. Cette volonté générale du créancier, de consentir des délais ou remises de dettes au débiteur, emporte naturellement des conséquences sur l'exécution de l'obligation du débiteur principal par la caution.

Paragraphe 2. Les effets de la mise en œuvre de la volonté

594. Contrairement à la remise de dette avec laquelle elle est généralement traitée, la prorogation du délai de paiement n'anéantit pas l'exécution de l'obligation du débiteur principal. Son principal effet consiste plutôt à retarder celle-ci. Autrement dit, le créancier qui accorde des délais de paiement au débiteur s'engage à ne pas poursuivre ce dernier en paiement de sa créance devenue exigible avant l'ouverture de la procédure ou pendant le déroulement de celle-ci. Durant l'exécution de l'accord intervenu entre le créancier et le débiteur, le créancier qui a consenti des délais au débiteur ou celui qui, l'ayant refusé s'est trouvé en minorité dans la masse ou se l'est vu exceptionnellement imposé par le tribunal, est interdit de poursuivre le débiteur en paiement jusqu'à l'échéance de ceux-ci. Néanmoins, si cette mesure semble être défavorable pour le créancier à qui elle s'applique, en ce sens qu'il ne reçoit pas la prestation qui lui est due au moment initialement convenu, elle constitue en revanche une faveur pour le débiteur. Chaque partie ne tire donc pas les mêmes bénéfices des délais de paiement.

595. Il en résulte que la mise en œuvre de la volonté du débiteur et du créancier permet non seulement de renforcer à court terme l'actif existant du débiteur (B), mais elle produit surtout les mêmes effets que la règle de la suspension des poursuites, en ce sens qu'elle suspend l'exécution de l'obligation principale en même temps qu'elle retarde l'exigibilité des créances non encore échues (A).

A. L'effet principal de la suspension des poursuites en exécution de l'obligation principale

596. Comme tout délai de paiement, celui dont profite la caution à l'issue des procédures préventives consiste à différer les poursuites des créanciers titulaires du cautionnement et qui ont consenti des délais au débiteur principal. Du point de vue de la pratique judiciaire cela signifie

⁸⁰⁹ Ce qui peut expliquer d'ailleurs que la caution ne profite pas des dispositions du plan ou du concordat de redressement dans le cadre du redressement judiciaire.

que la juridiction compétente va obligatoirement surseoir à ses poursuites notamment en vue de l'exécution du cautionnement⁸¹⁰. Celles-ci ne pouvant reprendre qu'une fois la même créance redevenue exigible conformément aux nouveaux délais. C'est donc la même créance qui est due, le seul changement des modalités de son paiement ne peut entraîner sa disparition. C'est pourtant dans ce sens que l'article 2316⁸¹¹ du code civil français dispose que la « simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution (...) ». Il en résulte que les délais consentis au débiteur n'ont pas pour objectif d'éteindre le droit de contrainte du créancier, aussi bien contre le débiteur principal, que contre la caution. Ils n'ont pas davantage pour finalité d'éteindre la relation contractuelle créancier/débiteur, mais ils concernent naturellement la dette sans pour autant lui porter substantiellement atteinte. C'est ce qui permet de les distinguer de la remise de dette qui éteint en revanche celle-ci.

597. Toutefois, cette précision du droit français n'est pas présente en droit OHADA, mais rien ne semble s'opposer à ce qu'elle y soit applicable, car traditionnellement le différé d'exécution de l'obligation de paiement n'a pas un effet extinctif⁸¹². Un auteur indique en ce sens que l'effet suspensif de la prorogation des délais de paiement implique simplement une perte momentanée de « l'ensemble des prérogatives attachées au droit à l'exécution forcée »⁸¹³. Le créancier peut au terme des délais consentis poursuivre le débiteur ou la caution, lorsque ces délais n'ont pas été respectés.

598. Ainsi, en droit OHADA, la résolution du concordat préventif⁸¹⁴, ou celle du concordat de redressement⁸¹⁵, peut être prononcée en cas d'inexécution. Ce qui a pour effet direct de rétablir les droits du créancier suspendus, notamment son droit de contrainte. Théoriquement, le créancier est admis à reprendre ses poursuites contre le débiteur. Néanmoins, dans la pratique, cette reprise des poursuites contre le débiteur en raison de la résolution du plan ou du concordat n'est pas automatique et peut être aussitôt paralysée, car, par exemple, en droit OHADA, le jugement de résolution, ou même d'annulation du concordat de redressement judiciaire pour dol, convertit le

⁸¹⁰ V. en ce sens Aix, 17 mai 1984, Gaz. Pal. 1985, 1.163 et note Latil (pour des questions procédurales concernant notamment le point de départ du sursis à exécution qui découle des effets des délais consentis par le créancier).

⁸¹¹ Art. 2316 C. com. (anc. art. 2039).

⁸¹² C. Bloud-Rey, *op. cit.* n° 367.

⁸¹³ B. Grimonprez, *op. cit.* n° 329.

⁸¹⁴ Art. 18 al. 2 AUPC.

⁸¹⁵ Art. 139 s. AUPC.

redressement judiciaire en liquidation des biens⁸¹⁶. Dans cette hypothèse, le créancier se trouve confronté à une nouvelle suspension des poursuites, même si toutes les créances non échues deviennent exigibles. En revanche, il lui sera permis de poursuivre la caution à l'échéance initialement convenue. Les poursuites du créancier étant tournées de ce fait vers la caution, cette mesure permet au débiteur de renforcer son actif au moins à court terme.

B. Le renforcement de l'actif à court terme du débiteur

599. Pour définir le contexte de cette partie, il convient de poser l'hypothèse suivante : un débiteur connaît des difficultés de trésorerie. Plusieurs de ses factures tardent à être payées ou encore il dispose des chèques non encore encaissés. Pour éviter de détériorer davantage la situation de sa trésorerie, il décide de solliciter des délais auprès des créanciers afin de retarder l'exécution de ses obligations. L'objectif poursuivi par le débiteur est de mettre ce temps à profit pour reconstituer ses actifs ou renflouer sa trésorerie. Dans ce genre de situation, l'entreprise en difficulté dispose de plusieurs mécanismes, notamment la cession des créances professionnelles qu'elle détient sur ces débiteurs. Cela lui permet, à court terme, de renflouer sa trésorerie et d'être en mesure de faire face au paiement de ses créanciers à court ou moyen terme, mais dans la limite des délais qui lui ont été accordés par ses créanciers.

600. Concrètement, il s'agira pour une entreprise de céder à sa banque les créances professionnelles qu'elle détient sur ses propres clients. Cette dernière en contrepartie lui fournira le crédit correspondant à sa créance, déduction faite des frais bancaires liés à ce type d'opérations⁸¹⁷. Au terme de cette opération, l'entreprise en difficulté pourra renforcer son actif disponible de manière à assurer la continuité de son activité, le maintien de ses relations d'affaires. Un des mécanismes de transfert de créances professionnelles, pratiqué en droit français⁸¹⁸, et en droit OHADA, est notamment l'escompte d'effets de commerce. En effet, en encaissant les chèques ultérieurement à l'échéance initiale de sa dette ou en se faisant payer les factures, jusque-là demeurées impayées, le débiteur espère apporter de nouveaux crédits à son

⁸¹⁶ Art. 141 al. 2 AUPC.

⁸¹⁷ V. en ce sens M.A. Blatt, *op.cit.* n° 1183 s. V. également M.R. Tcheumaliu Fansi, *Droit et pratique bancaire dans l'espace OHADA*, préf. M. Storck, L'Harmattan 2013, p. 281.

⁸¹⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stofel-Munck, *op. cit.* n° 1425 s.

compte. Il y a donc à travers ce type d'opération, une réelle possibilité pour le débiteur d'apporter un nouveau souffle à sa trésorerie.

601. Parallèlement, pour le créancier, ce renforcement de l'actif du débiteur est une raison de consentir des délais de paiement durant la procédure, car il a plus à y gagner. Le débiteur qui est susceptible d'améliorer sa situation financière, à travers ce type de financement, renforce les chances du créancier de recevoir le paiement de sa créance. De ce fait, durant une procédure préventive, une PME, à qui un délai de paiement a été accordé, pourra être en mesure de payer son fournisseur par exemple une fois qu'elle aura porté un effet de commerce à l'encaissement. Certes, ce type d'opération permet de payer intégralement les créanciers qui ont consenti des délais au débiteur en difficulté, mais s'ils les lui consentent, il est possible qu'ils recouvrent au moins une partie de leur créance, et si possible l'intégralité. Or, s'ils ne lui accordent pas de délais, il y a de fortes chances qu'ils ne soient pas payés dans l'immédiat, et qu'ils voient au contraire la situation du débiteur se détériorer par la suite de telle sorte qu'ils ne seront même pas en mesure de recouvrer une partie de leur créance. Par conséquent, il est souhaitable d'accorder des délais au débiteur, d'autant plus que cette solution est préférable à un abandon pur et simple de créance. Permettre à la caution de se prévaloir parfois des délais consentis au débiteur ne porte pas gravement atteinte au recouvrement de sa créance par le créancier, car les délais de paiement ont essentiellement un effet suspensif du droit de poursuite. C'est notamment de cet effet que la caution bénéficie parfois dans les procédures collectives.

Section 2. La mise en œuvre différée de la protection de la caution en droit français et en droit OHADA

602. La problématique à laquelle on sera amené à aborder ici porte essentiellement sur deux questions : comment les délais de paiement consentis au débiteur dans le cadre du dénouement de la procédure sont-ils appliqués à la caution dans les procédures préventives instituées par le droit français et le droit OHADA ? Existe-t-il des nuances ou des spécificités concernant cette application dans les deux systèmes juridiques et quelles en sont les raisons ?

Pour y répondre, il convient d'observer d'emblée que seul le droit français offre des éléments de réponse probants, car il s'agit d'un droit plus ancien, plus élaboré, aux techniques plus éprouvées.

De plus, les premières années durant lesquelles le législateur français a tenté d'apporter une réponse à cette problématique ont été marquées par une grande controverse aussi bien doctrinale que jurisprudentielle⁸¹⁹. Celle-ci est née notamment de la dualité de traitement que semblait instaurer le législateur pour décider que seule la caution solidaire ne pouvait se prévaloir des délais consentis au débiteur⁸²⁰. C'est à tout le moins ce que suggérerait une interprétation rigoureuse de l'alinéa 2 de l'article 64 de la loi du 25 janvier 1985 dans le cadre du redressement judiciaire, lequel disposait que le « jugement qui arrête le plan en rend les dispositions opposables à tous. Toutefois, les cautions solidaires et les coobligés ne peuvent s'en prévaloir ».

603. Au plan doctrinal, de nombreux auteurs ont soutenu cette distinction entre la situation de la caution simple et celle de la caution solidaire⁸²¹. Nombreux étaient également ceux qui l'ont rejetée⁸²², jugeant même qu'elle était « peu pertinente »⁸²³. La jurisprudence de la Cour de cassation n'a pas échappé à cette controverse⁸²⁴, dans son évolution, en ce sens qu'elle avait, dans un premier temps, effectué une application littérale de l'article 64 alinéa 2⁸²⁵, avant finalement de

⁸¹⁹ V. *infra* n° 616 s.

⁸²⁰ V. en ce sens P. Le Cannu, *Entreprises en difficulté-Prévention, redressement et liquidation judiciaires*, éd. GLN JOLY 1994, n° 935, p.500.

⁸²¹ V. en ce sens la présentation de Ph. Simler, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, LexisNexis 2015, 5^e éd., n° 495 et note de bas de page n° 344 ; l'auteur cite notamment quelques autres auteurs ayant soutenu cette distinction en s'appuyant sur l'art. 2298 du code civil.

⁸²² V. en ce sens la présentation des différents courants par N. Picod, *La caution dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises*, préf. C. Saint Alary-Houin, PUAM 2008, n° 160 ; citant d'éminents auteurs, elle distingue trois courants que nous réduirons à deux, d'un côté ceux qui militent pour cette distinction et suggèrent que l'on permette uniquement à la caution de se prévaloir des délais du plan de redressement. De l'autre, ceux qui la réfutent. Parmi eux il faut distinguer les neutres c'est-à-dire ceux qui veulent simplement que la caution solidaire soit traitée comme la caution simple (Ph. Simler, *op.cit.*). Autrement dit, si l'on doit permettre à l'une de se prévaloir des délais du plan, il faut également le permettre à l'autre, car toutes deux ont la même nature accessoire. A côté de ce « sous-courant », il y a celui qui, assoit l'opinion précédente en s'appuyant sur le caractère d' « exception inhérente à la dette » des délais de paiement du plan (l'auteur cite F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, coll. Manuels, 7^e éd.2006, n° 36). Or, celle-ci n'implique aucune distinction entre cautions. C'est d'ailleurs sur cette opposition que l'auteur s'aligne. V. également les présentations faites par D. Grimaud, *op. cit.* n° 226 qui relève que « rien ne justifie juridiquement cette différence de traitement » (v. développements note de bas de page n° 29) et Ph. Simler, *op. cit.* n° 506.

⁸²³ J.B. seube, *op. cit.* n°93 ; V. également en ce sens L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, *op. cit.* n° 137 : les auteurs considéraient cette distinction comme une « maladresse de plume, due à une confusion ministérielle sur le rôle du bénéfice de discussion accordé à la caution simple ».

⁸²⁴ V. en ce sens les arrêts cités par Mr Simler, *op.cit.* n° 506, note de bas de page n° 385 : Com. 28 mai 1991, Bull. civ. 1991, IV, n° 179 ; JCP G 1991, IV, 291 ; RTD com. 1992, p. 690, obs. A. Martin-Serf ; Rev. proc. coll. 1992, p. 76, obs. P. Delebecque. Com. 23 nov. 2004, JurisData n° 2004-025833 ; Bull. civ. 2004, IV, n° 203 ; JCP G 2005, I, 135, n° 9 obs. Simler ; D. 2004, act. p. 3220, obs. A. Lienhard ; RTD civ. 2005, p. 429, obs. Crocq. V. également ceux cités par D. Grimaud, *op.cit.* n° 227, note de bas de page n°31, p. 249.

⁸²⁵ V. en ce sens les arrêts cités par Mr Simler, *op.cit.* n° 506, note de bas de page n° 385 : Com. 28 mai 1991, Bull. civ. 1991, IV, n° 179 ; JCP G 1991, IV, 291 ; RTD com. 1992, p. 690, obs. A. Martin-Serf ; Rev. proc. coll. 1992, p. 76, obs. P. Delebecque. Com. 23 nov. 2004, JurisData n° 2004-025833 ; Bull. civ. 2004, IV, n° 203 ; JCP G 2005, I,

retenir, dans le cadre d'un règlement amiable, une solution identique pour toutes les cautions⁸²⁶. C'est notamment la position qu'avait adoptée le législateur africain dès l'adoption de l'AUPC originel de 1998 ; la caution sans distinction pouvait se prévaloir des délais concordataires, peu importe la procédure.

604. Cependant, depuis les dernières réformes du droit français, et plus récemment du droit OHADA, des procédures collectives respectivement de 2005⁸²⁷ notamment, et de 2015⁸²⁸, la solution a évolué. Les deux législateurs, en fonction du degré de difficultés du débiteur, ont recours aussi bien à une solution de traitement distinct des cautions, qu'à leur traitement identique. Néanmoins, s'agissant particulièrement de la première elle ne repose pas sur l'ancienne distinction, mais sur celle contemporaine qui oppose la situation de la caution personne physique à celle de la caution personne morale. Dès lors, il y a lieu d'observer que cette protection de la caution durant l'exécution du plan ou du concordat repose sur le modèle français (Paragraphe 1), lequel a été transposé dans le droit OHADA (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le modèle français de soustraction de la caution personne physique aux poursuites des créanciers dans le dénouement de la procédure

605. L'approche contemporaine du droit des procédures collectives favorise la sauvegarde de l'entreprise en facilitant les conditions de rapprochement entre le débiteur et ses créanciers, afin de rendre les modalités de paiement un peu plus favorables pour le débiteur en difficulté. Il est plus facile pour un débiteur en difficulté de mensualiser ses paiements dans la mesure où ses fonds ne lui permettent pas de désintéresser ses créanciers en une fois. Cette approche contemporaine, qui au demeurant retient qu'il vaut mieux prévenir que guérir, a aussi pour objectif essentiel de mettre le débiteur en difficulté à l'abri du risque d'une cessation de paiement, un tel état compliquerait davantage sa restructuration.

606. La prévention des risques de détérioration de la situation du débiteur impose désormais au droit français et au droit OHADA de renforcer les moyens de prévention des difficultés de

135, n° 9 obs. Simler ; D. 2004, act. p. 3220, obs. A. Lienhard ; RTD civ. 2005, p. 429, obs. Crocq. V. également ceux cités par D. Grimaud, *op.cit.* n° 227, note de bas de page n°31, p. 249.

⁸²⁶ Com. 5 mai 2004, D. 2004, AJ. p. 1594, obs. A. Lienhard ; JCP E 2005, chron., 179, p. 177, n° 8, obs. P. Simler ; RTD com. 2004, 590, obs. F. Macorig-Venier.

⁸²⁷ L. 26 juill. 2005, préc.

⁸²⁸ AUPC, 10 sept. 2015, préc.

l'entreprise. En France, cela est apparu comme une évidence depuis la loi du 26 juillet 2005⁸²⁹, tandis que dans l'espace OHADA, cela n'a été pris en compte par le législateur que depuis l'adoption du nouvel AUPC le 10 septembre 2015⁸³⁰. La meilleure illustration de cette affirmation est naturellement la mesure qui vise à accorder à la caution et aux autres garants le bénéfice des délais qui sont consentis au débiteur dans le cadre de la conciliation⁸³¹ et de la sauvegarde⁸³². Il s'agit d'un véritable choix du législateur, car les délais qui résultent de l'accord ou du plan de sauvegarde ne profitent pas à toutes les cautions ni à tous les garants de la même façon dans les deux procédures.

607. Toutefois, ce choix, au demeurant stratégique du législateur, n'occulte pas une réalité juridique qui est l'application de la règle de l'accessoire. La caution personne physique profite des effets de la prorogation des délais qui suspendent l'exécution de son obligation jusqu'à l'échéance des nouveaux délais. Dès lors, il existe une solution disparate entre les procédures. D'un côté, les délais de l'accord de conciliation profitent à la caution sans distinction (A), de l'autre, seule la caution personne physique profite des délais du plan de sauvegarde ; il en va encore autrement des délais du plan de redressement (B).

A. Le bénéfice à toutes les cautions des délais de l'accord de conciliation

608. En droit commun du cautionnement, aucune disposition du code civil ou de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, ne semble empêcher la caution de profiter de la prorogation du terme, ou lui interdire d'y renoncer. Son choix est libre⁸³³. Elle peut choisir de profiter de cette possibilité de payer le créancier à la place du débiteur principal, à une autre époque plus éloignée que celle initialement convenue. Elle peut aussi choisir de ne pas en bénéficier et honorera ainsi son engagement au terme originel. Ces choix s'imposeront au créancier qui ne pourra poursuivre la caution qu'à l'échéance des délais ou termes convenus. La situation de la caution ne varie pas, elle est la même pour la caution simple et pour la caution solidaire. Il en est de même dans le cadre de la conciliation. Elle peut se prévaloir des délais de l'accord issu de la conciliation. Il en

⁸²⁹ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 661.

⁸³⁰ F.M. Sawadogo, Les procédures de prévention dans l'AUPC révisé : La conciliation et le règlement préventif, Dr. et patr., déc. 2015, doss., p. 36.

⁸³¹ Art. L. 611-10-2 C. com.

⁸³² Art. L. 626-11 al. 2 C. com.

⁸³³ Art. 23 al. 3 AUS (anc. art. 13 al. 3)

résulte la règle de l'opposabilité des délais dont l'examen (I) précèdera celui du sens des apports des ordonnances de 2008 (II) et de 2014 (III).

I. L'opposabilité des délais

609. En disposant que les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué, l'article L. 611-10-2 alinéa 1 du code de commerce⁸³⁴ permet à la caution de se prévaloir des délais et de remises au débiteur. L'opposabilité des délais de l'accord par la caution notamment signifie que les créanciers qui les ont consentis ne pourront poursuivre la caution en exécution de son engagement qu'une fois le nouveau délai échu. Jusqu'à cette échéance, la caution bénéficiera donc de l'effet principal de la prorogation des délais de paiement au même titre que le débiteur principal. Instituée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, la solution a été améliorée par les ordonnances du 18 décembre 2008⁸³⁵ et du 12 mars 2014⁸³⁶.

610.. Le dirigeant caution qui a sollicité l'ouverture de la conciliation⁸³⁷ ne peut être poursuivi par les créanciers ayant consenti des délais au débiteur avant leur expiration, et au cours de l'exécution de l'accord qu'il soit constaté ou homologué. Le dirigeant caution doit veiller au respect des nouveaux délais de même qu'il doit veiller à la bonne exécution de l'accord. A défaut, il perdrait le bénéfice des délais et des conséquences juridiques qui y sont attachées⁸³⁸.

611. Cependant, si par exemple le créancier dont la créance est échue ne peut poursuivre la caution avant la nouvelle échéance eu égard à l'opposabilité de nouveaux délais de paiement, cela signifie-t-il que cette dernière ne peut, par un acte de bonté et de générosité, payer le créancier avant l'échéance de ces délais. Autrement dit, peut-elle volontairement décider de renoncer à l'avantage de l'article L. 611-10-2 du code de commerce ?

⁸³⁴ Art. L. 611-10-2 C. com. (réd.2008) ; V. également le précédent dans le règlement amiable : Com. 5 mai 2004, Bull. civ. IV, n° 84, p.87 ; D. 2004, AJ. 1594, obs. A. Lienhard ; Act. proc. coll. 2004, n° 132, obs. Vallansan ; RD banc et fin. 2004, n° 161, obs. D. Legeais ; RTD com. 2004, 590, note Macorig-Venier ; Droit OHADA : art. 5-12 al. 2 AUPC

⁸³⁵ Ord. 18 déc. 2008, préc. ,

⁸³⁶ Ord. 12 mars 2014, préc. qui complète l'al.1 de l'article L.611-10-2 en précisant que l'ensemble des garants peuvent se prévaloir des délais de grâce accordés au débiteur.

⁸³⁷ Droit OHADA : art. 5-2 AUPC ; même lorsque la demande d'ouverture est conjointement effectuée par le débiteur et un ou plusieurs de ses créanciers.

⁸³⁸ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1063.

612. Si on part du principe selon lequel les délais de paiement ont pour effet principal de suspendre les poursuites des créanciers dont la créance est exigible, cela ne signifie pas qu'il est interdit à la caution de payer si elle le désire. Par ailleurs, contrairement au débiteur, la caution n'est pas soumise à la règle de l'interdiction de payer les créanciers qui permet un traitement égalitaire des créanciers notamment dans leur relation particulière avec le débiteur. La caution est *a priori* libre de payer les créanciers durant l'exécution de l'accord alors même que le nouveau terme n'est pas encore échu. Elle pourra par exemple choisir de payer le créancier au terme initialement convenu.

613. Toutefois, un tel paiement, au demeurant anticipé selon les nouvelles conditions, constituerait une renonciation implicite au bénéfice des délais et par ricochet de l'application des dispositions de l'article L. 611-10-2. De ce point de vue, la situation de la caution dans le cadre de la conciliation serait la même que celle qui lui est réservée en droit commun⁸³⁹. Rien ne semble lui interdire de payer à l'échéance initiale.

614. Aussi, on peut craindre qu'un tel choix de la caution ne donne des idées aux créanciers d'introduire dans le contrat de cautionnement des clauses de renonciation au bénéfice des délais de l'accord. Pour certains auteurs, cette clause doit être recommandée notamment pour les cautionnements solidaires⁸⁴⁰ nonobstant l'incertitude quant à la licéité de celle-ci⁸⁴¹. Il semble qu'une telle clause, à l'image de la clause de déchéance du terme, ne peut être admise dans les procédures collectives⁸⁴², car elle constituerait un moyen susceptible de dissuader le dirigeant caution, peu importe sa qualité, de solliciter l'ouverture précoce de la procédure collective. Ce qui pourrait être préjudiciable à l'efficacité de la conciliation. De ce fait, il faut en déduire que les délais résultants de l'accord profitent à la caution sans distinction. Il est intéressant de s'intéresser au sens de l'évolution de la solution analysée ici.

II. L'apport de l'ordonnance du 18 décembre 2008

615. On ne saurait aborder la question de l'opposabilité des délais de l'accord intervenu dans le cadre de la conciliation sans évoquer le contexte de l'apport de l'ordonnance du 18 décembre

⁸³⁹ V. *Supra* n° 257.

⁸⁴⁰ V. en ce sens M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial-Entreprises en difficulté*, D. 2007, 7^e éd., n° 119.

⁸⁴¹ Gavalda et Menez, *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, JCP G 1985, I, 3196, n° 27.

⁸⁴² V. L611-16 C.com.

2008. Comme on vient de le voir, les garants sont désormais visés en plus grand nombre et les effets de l'accord constaté et homologué envers les garants sont uniformisés. Pour comprendre cet apport, il convient d'exposer la difficulté que le législateur a su régler. La loi de sauvegarde de 2005 qui a apporté de nombreuses améliorations, dans le traitement des difficultés de l'entreprise, qui devaient être amplifié⁸⁴³, ce qui a nécessité une nouvelle intervention législative. L'ancien article L.611-10 alinéa 4 rendait les délais et remises de dette de l'accord homologué opposables par la caution et non ceux résultant de l'accord constaté. Or, la loi de sauvegarde distingue l'accord constaté⁸⁴⁴, au profit d'un débiteur qui souhaite privilégier la confidentialité de son activité, et l'accord homologué, l'homologation qui est le fait du tribunal, est soumise à des conditions précises⁸⁴⁵. La particularité de ces deux accords réside dans le fait qu'ils n'entraînent pas les mêmes effets, de telle sorte qu'à l'égard des tiers, seules les dispositions de l'accord homologué leur étaient opposables, délais et remises⁸⁴⁶. L'ordonnance de 2008 a remédié à cela.

616. La situation en 2005 en rappelait une autre⁸⁴⁷, la question s'est posée de savoir s'il fallait interpréter ces dispositions de façon rigoureuse et considérer dès lors que la caution ne profitait pas des délais de l'accord constaté. Ou fallait-il au contraire interpréter plus largement celles-ci en considérant finalement que la caution pouvait en réalité se prévaloir aussi bien des délais de l'accord homologué que ceux de l'accord constaté. À cette problématique, certains auteurs avaient suggéré que « les cautions dont l'engagement est accessoire, devraient pouvoir invoquer les facilités faites au débiteur principal alors que les garants autonomes et les coobligés qui paient

⁸⁴³ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 99 s. Avant la réforme de 2008, où seul l'accord homologué était visé, l'article L.611-10 ne profitait qu'aux coobligés et aux personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome

⁸⁴⁴ Art. L.611-8-I C. com.

⁸⁴⁵ Art. L611-8-II C. com. ; Le tribunal homologue l'accord si le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements, si les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise et enfin si cet accord ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non signataires (art. L.611-8-II issu de la loi de sauvegarde). V. en ce sens F. Macorig-Venier, Du règlement amiable à la conciliation, intervention au colloque de l'UT1 du 23 sept. 2005, *Rev. proc. coll.* 2005, n°4, p. 354 et 355 ; Ch. Légevaques, La loi de sauvegarde et les cautions : au bonheur des cautions ? *RD banc. et fin.* 2006, note 2, p.72 ;

⁸⁴⁶ Art. L.611-10 C. com. ; V. en ce sens M-F. Bonneau, Remarques impertinentes sur les nouvelles méthodes législatives. A propos de la loi de sauvegarde des entreprises, *Rev. proc. coll.* 2005, n°3, p.185 s. ; C. Saint-Alary-Houin, La procédure de conciliation, intervention au colloque de l'université de Caen des 26 et 27 janv. 2006, *Rev. proc. coll.* 2006, n°2, p. 176.

⁸⁴⁷ Avant la loi de sauvegarde, il existait une dualité de traitement entre la caution solidaire et la caution simple issue des dispositions de l'art. 64 de la loi de 1985 qui impliquait une opposabilité des délais et remise du règlement amiable par la seule caution simple. Celle-ci a été supprimée par un arrêt de la Cour de cassation en date du 5 mai 2004. V. en ce sens J.B. Seube, *op.cit.* n° 93 *in fine* (l'auteur indique qu'une telle distinction « était peu pertinente, car la règle de l'accessoire doit jouer dans les mêmes circonstances que le cautionnement soit simple ou solidaire »)

leur propre dette ne le pourraient pas »⁸⁴⁸. Tandis que, toujours dans le même ordre d'idées, d'autres ont simplement suggéré la reconduction de la solution de l'arrêt du 5 mai 2004 qui a permis à la caution solidaire de bénéficier, au même titre que la caution simple, des dispositions d'un règlement amiable⁸⁴⁹.

617. Cette suggestion était plutôt légitime, dès lors que l'accord constaté n'était pas opposable à tous et que le législateur des entreprises en difficulté ne semblait pas lui apporter plus de force juridique⁸⁵⁰. L'application du droit commun du cautionnement devait dès lors être privilégiée. Dans la procédure de conciliation le débiteur n'est pas encore défaillant, et cette procédure, comme l'ancien traitement amiable, ne constituait pas un traitement judiciaire⁸⁵¹. Dès lors, on aurait assimilé les délais de l'accord de conciliation aux décharges conventionnelles de l'ancien article 1287 du Code civil⁸⁵² dont la caution sans distinction peut se prévaloir. Et, ce d'autant plus que l'arrêt la chambre commerciale de la Cour de cassation du 5 mai 2004⁸⁵³ permettait déjà dans le cadre de l'ancienne procédure de règlement amiable de parvenir à cette solution. Celle-ci était donc à tout le moins évidente, sinon pressentie. Dans la suite logique des précisions apportées par l'ordonnance de 2008, il convient également d'examiner celles apportées par l'ordonnance de 2014.

III. L'apport de l'ordonnance du 12 mars 2014

618. A partir du moment où on admet que les créanciers qui ont consenti des délais au débiteur ne peuvent poursuivre ce dernier ou la caution avant l'échéance desdits délais, il faut également admettre que ceux qui n'en ont point consentis peuvent poursuivre le débiteur durant la procédure. Ce qui peut se recommander de la force obligatoire des contrats de l'article 1103 du code civil⁸⁵⁴. Ou encore que les créances qui n'ont pas fait l'objet de l'accord pouvaient être réclamées à l'échéance.

⁸⁴⁸ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 46 *in fine*. V. également en ce sens P.-M. Le Corre et E. Le Corre-Broly, *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* n° 30 *in fine*.

⁸⁴⁹ N. Picod, *La caution dans les procédures de traitement des difficultés des entreprises*, *op. cit.* n° 162, p. 136.

⁸⁵⁰ Pour ce faire, il aurait dû permettre dès cette époque que l'accord constaté produise les mêmes effets que l'accord homologué lequel nécessitait une plus large participation notamment des créanciers et diffusion (publication).

⁸⁵¹ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 340 et 341

⁸⁵² Anc. 1287 C. civ. (devenu art. 1350-2 - art. 2 ord. n° 2016-131 du 10 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).

⁸⁵³ Com. 5 mai 2004 préc.

⁸⁵⁴ Art. 1103 C. civ. (anc. Art. 1134); V. également en ce sens Ph. Malaurie, L. Aynès.

619. Cette solution qui était potentiellement préjudiciable pour le débiteur, car elle était susceptible de mettre l'accord constaté ou homologué en péril⁸⁵⁵, était tout à fait logique pour la caution. En effet, que ce soit sur le fondement de la finalité du cautionnement ou celui de la règle de l'accessoire, la caution ne pouvait échapper aux poursuites en exécution de son engagement à la date initialement convenue. L'échéance initiale n'est que celle que la caution a choisi pour s'exécuter en acceptant de garantir l'obligation principale. Et si la dette est exigible à l'égard du débiteur, elle l'est *a fortiori* à l'égard de la caution surtout si le débiteur ne reçoit pas une protection particulière du législateur. L'accessoire ne suit-il pas le principal.

620. L'article L611-7 dernier alinéa du code de commerce prévoit que si au cours de la procédure le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier, le juge, qui a ouvert la procédure, peut, à la demande du débiteur, lui accorder des délais de grâce en application de l'article L.1343-5 du code civil (anc. art. 1244-1 à 1244-4).

621. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 mars 2014, les garants peuvent également bénéficier des délais de grâce⁸⁵⁶. Il s'agit de faciliter la conclusion de l'accord de conciliation⁸⁵⁷. Un auteur a pu regretter la courte durée au-delà de laquelle la prorogation ne saurait avoir lieu⁸⁵⁸.

622. Les créanciers qui décident d'accorder des délais au débiteur dans le cadre d'un accord constaté ou homologué ne doivent pas s'attendre à pouvoir poursuivre la caution, sans distinction, en exécution de l'obligation du débiteur principal. Ce qui est moins le cas dans la sauvegarde.

B. Le bénéfice à la seule caution personne physique des délais du plan de sauvegarde

623. On peut se demander quelle efficacité aurait eu la loi de sauvegarde si elle avait disposé que toutes les cautions peuvent opposer aux créanciers les dispositions du plan de sauvegarde. Non seulement il n'y aurait pas eu de différence entre la conciliation et la sauvegarde, mais cela aurait sans doute été préjudiciable à la conciliation. En revanche, l'opposabilité des délais du plan de

⁸⁵⁵ V. en ce sens A. Lienhard, *op. cit.* n° 22.40.

⁸⁵⁶ V. L.611-10-2 C.com.

⁸⁵⁷ V.C.SaintAlary-Houin, *op.cit.* n°350.

⁸⁵⁸ A. Lienhard, *op. cit.* n° 22.40.

sauvegarde outre celle des délais de l'accord homologué ou constaté⁸⁵⁹ au profit de toutes les cautions aurait renforcé la règle de l'accessoire dans les procédures collectives

624. Le législateur français a fait le choix du pragmatisme en protégeant la caution personne physique, donc le débiteur vigilant et diligent. Il est permis aux seules cautions personne physique de se prévaloir des délais du plan de sauvegarde. En effet, il résulte des dispositions de l'article L.626-11 du code de commerce que « à l'exception de la caution personne morale, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie » peuvent se prévaloir des dispositions du plan de sauvegarde.

625. La caution personne morale ne peut opposer ces délais au créancier qui les a accordés. Deux lectures peuvent ici être faites de ce choix innovant du législateur français en comparaison de la sauvegarde avec les autres procédures. Premièrement, dans la comparaison sauvegarde/conciliation, le choix de protéger la seule caution personne physique apparaît davantage comme une perte pour la caution personne morale que comme un gain majeur pour la caution personne physique conformément à l'article L. 626-11 du code de commerce. Celui-ci indique d'abord que les dispositions du plan de sauvegarde sont opposables *erga omnes* et ensuite pose l'exception des cautions personnes morales. Or, cette opposabilité signifie non seulement l'opposabilité à tous, mais aussi l'opposabilité par tous de telle sorte qu'en principe toute personne qui a un intérêt au respect du plan de sauvegarde et donc des délais peut s'en prévaloir⁸⁶⁰. C'est notamment le cas de la caution. Et le fait d'exclure expressément la caution personne morale (« à l'exception des personnes morales ») de ce principe révèle la volonté du législateur de ne pas les en faire profiter.

626. Deuxièmement, c'est seulement dans la comparaison sauvegarde/redressement judiciaire que l'extension des délais à la caution personne physique apparaît comme étant une réelle récompense, un véritable gain majeur pour la caution. Celle-ci est récompensée pour avoir choisi la sauvegarde, plutôt que le redressement judiciaire qui suppose une détérioration avancée des difficultés de l'entreprise. En effet, dans les procédures collectives, le dirigeant-caution à l'initiative de l'ouverture de la procédure. C'est lui qui déclenche le processus de redressement de

⁸⁵⁹ Il convient cependant de nuancer cette affirmation dans le cadre de la conciliation dans laquelle, au regard de la confidentialité de la procédure, tous les créanciers du débiteur ne sont pas toujours concernés par la conclusion de l'accord de conciliation et donc par leur opposabilité (V. en ce sens C. saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 369).

⁸⁶⁰ D. Vidal et G. Cesare Giorgini, *op. cit.* n° 897.

l'entreprise, car il est celui qui connaît le mieux l'état de son actif et de son passif, c'est-à-dire les difficultés de son entreprise. De même qu'il est celui qui peut facilement soit les dissimuler, et courir le risque de les voir s'aggraver, soit chercher à les régler, en se plaçant sous protection judiciaire. Cette position de la caution personne physique lui permet de solliciter l'ouverture précoce de la procédure, et la rend responsable de son ouverture tardive, de sorte qu'elle est sanctionnée lorsque cette ouverture n'a pu se faire avant que son entreprise ne cesse ses paiements. Dans le cas contraire, elle est récompensée. C'est cette récompense que représente le bénéfice qu'elle tire des délais accordés au débiteur dans la sauvegarde et non dans le redressement judiciaire.

627. En outre, si la doctrine s'accorde à reconnaître l'opposabilité des dispositions du plan de sauvegarde ou d'autres mesures similaires comme des mesures incitatives, il y a lieu de remarquer que la dualité de traitement caution personne physique et caution personne morale a une portée toute particulière s'agissant des incidences des délais sur la caution dans le cadre des procédures collectives. Cette particularité tient du fait que cette distinction consacre l'abandon de la distinction traditionnelle caution simple/caution solidaire pour des raisons essentiellement stratégiques.

628. Sous l'empire de la législation antérieure à la loi de sauvegarde cette distinction a montré ses limites et son inadaptation aux procédures collectives. Du point de vue purement juridique, la distinction antérieure était fondée sur le bénéfice de discussion dont dispose la caution simple. Ce qui n'est nullement pertinent à partir du moment où par « hypothèse, les conditions strictes auxquelles est soumis le jeu de ce bénéfice⁸⁶¹ ne peuvent être remplies si le débiteur principal est en état de cessation des paiements »⁸⁶². Dès lors, le fondement de la distinction caution simple/caution solidaire était erroné.

629. D'un autre point de vue, la distinction abandonnée avait très peu de chance d'être utile à la procédure, ne serait-ce qu'en théorie tant cette forme de cautionnement n'était pas à même d'influencer le cours de la procédure. En revanche, si l'on considère la caution personne physique, les dirigeants d'entreprise sont généralement caution de leur entreprise ou leur proche. Ils sont ceux qui ont l'initiative de l'ouverture de la procédure. Il était plus que légitime, ayant

⁸⁶¹ Art. 2299 et 2300 C. civ. ; V. en ce sens P. Simler, *op. cit.* n° 543 s.

⁸⁶² P. Simler, *op. cit.* n° 506.

constaté les conséquences néfastes de la réticence des dirigeants à effectuer un dépôt de bilan précoce nécessaire à un traitement optimal de la procédure, que le législateur opère une telle distinction. Celle-ci ayant le mérite d'être utile au succès de la procédure⁸⁶³.

630. Le souci d'inverser la courbe d'ouverture des procédures a entraîné en droit français l'assouplissement du traitement de la caution et donc l'abandon de nombreuses dispositions des lois de 1967 et 1985 sur lesquelles s'est en partie construit le droit OHADA. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, le législateur a, après dix ans d'application de la loi française de sauvegarde, opéré une adaptation des procédures collectives sous l'inspiration, historiquement répétitive, du modèle français. Peut-on le lui reprocher ?

Paragraphe 2. La transposition du modèle français en droit OHADA

631. Avoir un arsenal juridique appréciable et adapté au monde des affaires, tel est l'objectif des différents Actes uniforme de l'OHADA. Il était dès lors apparu utile au législateur africain, dès l'adoption de l'AUPC originel, d'offrir aux créanciers et investisseurs des garanties nécessaires au bon déroulement de leurs opérations et à la sécurisation de leurs investissements. Cela s'est notamment traduit par la mise en place d'un dispositif juridique qui leur était plus que favorable.

632. Il en était ainsi de l'impossibilité pour la caution de se prévaloir des dispositions du concordat préventif ou de redressement sous l'ancien AUPC. Cette mesure, favorable au créancier, emportait son adhésion psychologique. L'ouverture de la procédure collective n'allait pas constituer pour le créancier, qui a pris des garanties sur sa créance, une procédure de neutralisation de ses droits substantiels. La caution ne bénéficiant pas des délais concordataires, il pouvait exercer son droit de créance une fois le terme initial échu. Néanmoins, du point de vue de la caution, cette mesure lui était naturellement défavorable eu égard au caractère accessoire de son engagement. L'inopposabilité des délais concordataires permettait alors au créancier de poursuivre la caution aussi bien avant l'adoption du concordat, ce qui correspond à la période d'observation du droit français, que durant son exécution. Ces poursuites pouvaient étaient

⁸⁶³ V. en ce sens C. Thomas, Les premiers chiffres de l'application de la réforme, LPA 14 juin 2007, n° 119, p. 6 ; l'auteur relève, à propos du contentieux du Tribunal de commerce de Dijon, que les effets attendus ne se faisaient pas encore jour à cette époque (2 ans après la loi de sauvegarde). Il était encore très tôt pour effectuer un bilan à mi-parcours des fruits de cette réforme. De même que le contentieux Dijonnais n'était sans doute pas représentatif de l'application de ladite réforme. Les résultats aujourd'hui sont plus probants.

initiées alors même que le créancier n'avait pas la possibilité, ne serait-ce que matérielle, de poursuivre le débiteur du fait de la suspension de ses poursuites à son égard.

633. Cependant, depuis la réforme de l'AUPC de 2015, les délais concordataires, ou ceux consentis dans le cadre de la nouvelle procédure de la conciliation, profite désormais à la caution. La solution ainsi désormais applicable en droit OHADA n'est rien d'autre qu'une transposition de la solution adoptée en droit français depuis la loi de sauvegarde de 2005 et les ordonnances de 2008 et 2014⁸⁶⁴. En toute hypothèse, comme en droit français, la règle de l'accessoire reçoit ici une application particulière selon le degré des difficultés de l'entreprise, un critère combiné à la nature peu ou prou judiciaire supposée de la procédure. Dès lors, il convient d'examiner ce revirement du droit OHADA en s'interrogeant sur les raisons de la transposition, c'est-à-dire son fondement (A), avant d'analyser l'instauration de l'opposabilité sous condition des délais par la caution (B).

A. Le fondement de la transposition

634. Nous tenterons d'apporter une justification objective, mais peut être simplement théorique, du revirement du droit OHADA sur la question de l'opposabilité des délais concordataires par la caution, faute d'une évaluation de l'application de l'ancien AUPC. Or, celle-ci vise les insuffisances du droit antérieur, devenu inadapté à la philosophie contemporaine des procédures collectives au plan international notamment. Les règles et les outils de guérison de l'entreprise malade sont davantage modernes et sophistiqués. Et l'opposabilité des délais consentis dans le cadre des procédures collectives ne déroge pas à la règle. On distingue deux fondements : l'un concerne les limites de la solution antérieure à l'AUPC de 2015 (I), tandis que l'autre porte sur la modernité de la solution retenue (II).

⁸⁶⁴ V. *Supra* n°608 s.

I. Les limites de la solution antérieure à l'adoption de l'AUPC du 10 septembre 2015

635. Les limites qui seront ici évoquées concernent essentiellement les raisons avancées pour justifier le fait que la caution ne puisse pas se prévaloir des délais du concordat préventif. Il s'agira donc pour nous de montrer les limites de ces arguments. Ceux-ci portent essentiellement d'une part, sur la finalité du concordat préventif, et d'autre part sur la supposée défaillance du débiteur, un risque contre lequel le créancier a entendu se prévaloir par le cautionnement. Évidemment, ces deux arguments sont aujourd'hui insuffisants pour justifier la solution du législateur OHADA. Dès lors, il convient d'examiner successivement les insuffisances ou limites liées à la nature du concordat préventif (a) et celles liées à la viabilité de l'entreprise à l'encontre de laquelle une procédure de règlement préventif est ouverte (b).

a. Les limites liées à la nature juridique du concordat préventif

636. Sous l'influence de la doctrine et de la jurisprudence française, il est traditionnellement admis que les délais concordataires ne profitent pas à la caution, car ceux-ci ont une nature judiciaire du fait de la nature même de la procédure collective. Nous entendons démontrer que le concordat préventif est un accord, c'est-à-dire un contrat, les délais qui y sont consentis sont volontaires, peut-être pas de façon absolue⁸⁶⁵, pour autant ils ne sont pas judiciaires. Également, nous verrons que la procédure de règlement préventif en droit OHADA n'est pas généralement reconnue au même titre que la procédure judiciaire comme le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

637. D'abord, l'analyse précédente sur la nature des délais accordés au débiteur dans le cadre de l'accord de conciliation constaté ou homologué est ici valable. Le débiteur qui connaît des difficultés conjoncturelles externes sera enclin à solliciter du juge l'ouverture du règlement préventif pour négocier avec ses créanciers le rééchelonnement de sa dette. La nature des délais est déterminée par cette négociation. De ce point de vue, il convient de définir le concordat préventif comme un accord, un contrat entre le débiteur et les créanciers. En effet, dans le processus de validation du concordat préventif, de façon schématique, le débiteur aura à conclure

⁸⁶⁵ Par exemple les créanciers qui n'ont pas consenti des délais ou des remises au débiteur se les verront imposés. Dans cette hypothèse on ne peut pas parler de délais volontaires des créanciers. V. en ce sens sur le plan du règlement amiable en droit français, D. Grimaud, *op. cit.* n° 272.

un accord sur les délais et les remises de dette qu'il consent, ceux-ci peuvent donc être différents conformément aux dispositions de l'article 15-2 de l'AUPC. Ainsi que le souligne, à juste titre, un auteur, chaque créancier est « libre » d'accorder ou non les délais et remises au débiteur.

638. Par ailleurs, quand bien même il ne les lui accorderait pas, la formation du concordat ne serait pas pour autant impossible⁸⁶⁶. Le concordat préventif est donc un contrat et les délais qui y sont consentis sont par ricochet volontaires sinon conventionnels. Or, le droit commun du cautionnement retient généralement comme solution, en pareille circonstance, le droit pour la caution de se prévaloir des délais et remises de dette accordés au débiteur.

639. La jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation française en date du 13 novembre 1996 sus indiquée⁸⁶⁷ est donc transposable en droit OHADA en ce qu'elle reconnaît le caractère conventionnel des délais accordés au débiteur dans le règlement amiable. La nature des délais du concordat préventif ne doit pas être confondue avec celle des délais du concordat de redressement judiciaire, celui-ci étant effectivement judiciaire les créanciers sont appelés à voter l'offre de concordat du débiteur⁸⁶⁸ du fait même de la judiciarisation de la procédure de redressement.

640. Ensuite, l'argument qui consiste à refuser à la caution le bénéfice des dispositions du concordat préventif sur le fondement de leur caractère judiciaire est injustifié, d'autant plus que la procédure même du règlement préventif est davantage contractuelle que judiciaire, dès lors que le consentement des créanciers est requis pour sa formation. C'est seulement une fois leur volonté exprimée que le concordat préventif peut être homologué par l'autorité judiciaire compétente. À ce propos, il convient de battre en brèche l'autre argument qui voit l'intervention du juge devant homologuer le concordat comme le signe de son caractère judiciaire. Pour cela, il convient de préciser la portée de cette intervention qui consiste davantage à donner une force obligatoire à la convention liant le débiteur et ses créanciers qu'ils aient librement ou non consentis des délais.

641. L'homologation, telle que prévue dans le règlement préventif, signifie que le juge entérine l'accord intervenu entre le débiteur et ses créanciers. Son intervention a pour objectif de valider et d'apporter au concordat l'autorité de la chose jugée afin de protéger la volonté des parties et de

⁸⁶⁶ F.-M. Sawadogo, OHADA, Droit des entreprises en difficulté, Bruylant, 2002, n° 78, p. 70 ; M. Ndiaye Mbaye, Réflexions sur la modification du concordat préventif en droit OHADA, Penant n°870, p. 30 note 4.

⁸⁶⁷ Civ.1^{ère}, 13 nov. 1996, préc. *supra*. note 1054.

⁸⁶⁸ C. Gavalda et J. Menez, Le règlement amiable des difficultés des entreprises, JCP G. 1985, n° 3196.

la graver dans le marbre. L'intervention du juge de l'homologation n'a donc pas pour but d'imposer des délais aux créanciers encore moins au débiteur. De même, il ne peut modifier les dispositions du concordat préventif unilatéralement et à son initiative, il a une compétence liée. Il est tenu de respecter la volonté des parties⁸⁶⁹. Le concordat préventif homologué s'exécute donc tel quel sans aucune modification. En revanche, le législateur africain a prévu une exception à ce principe de l'intangibilité du concordat préventif homologué. En effet, aux termes des dispositions de l'article 21 de l'AUPC, « la juridiction compétente peut décider toute modification de nature à abrégé ou à favoriser cette exécution ».

642. Toutefois, ce pouvoir reconnu au juge ne peut être exercé que sur demande du débiteur et dans une procédure spéciale différente de celle conduisant à l'homologation du concordat. Une fois de plus, l'intervention du juge est subordonnée à la volonté des parties, ou en l'occurrence de l'une d'entre elles au point qu'elle ne suffit pas à dicter la nature judiciaire des dispositions du concordat de façon générale et celle des délais de façon particulière. Il faut par conséquent admettre que l'argument selon lequel la caution ne peut se prévaloir des dispositions du concordat à cause de leur caractère judiciaire n'est pas pertinent dans le cadre du règlement préventif du droit OHADA. Si le critère d'inopposabilité des délais par la caution était fondé sur leur nature judiciaire, ce ne serait pas dans le règlement préventif qu'il faudrait l'appliquer. Et si cependant ce critère était finalement celui de l'absence de viabilité du débiteur, car celle-ci peut justifier la mise en œuvre du cautionnement aux termes convenus par les parties ?

b. Les limites liées à la viabilité de la société en règlement préventif

643. La situation économique du débiteur justifie-t-elle la solution retenue par le législateur OHADA ? La mise à l'écart du caractère accessoire du cautionnement est-elle fondée dans le règlement préventif notamment en ce qui concerne le bénéfice des délais concordataires à la caution ? Si l'exégèse de l'article 18 répond par l'affirmative, il n'en demeure pas moins que cette solution est inappropriée. Néanmoins, peut-on considérer qu'un débiteur qui n'a pas cessé ses paiements est défaillant ? Le règlement préventif est-il destiné systématiquement au débiteur défaillant ou alors est-il destiné au débiteur qui souhaite éviter une défaillance ?

⁸⁶⁹ V. en ce sens F. Pérochon, *op. cit.*, n° 884 s.

644. Ces questions, comme les précédentes, permettent de vérifier si les dispositions de l'article 13 alinéa 1^{er} de l'AUS, relatives au caractère subsidiaire de l'engagement de la caution, sont respectées. À ce propos l'étude révèle une entorse injustifiée à ces dispositions par l'AUPC dès lors que le débiteur en règlement préventif est encore viable. En effet, l'AUPC dispose que le règlement préventif est ouvert au débiteur qui « connaît une situation économique et financière difficile, mais non irrémédiablement compromise ». Bien que ces termes soient souvent difficiles à cerner véritablement, il n'en demeure pas moins que la situation qu'ils décrivent est perceptible dans les faits.

645. Dans la pratique la situation du débiteur, en règlement préventif, tient à la crise qui frappe un secteur, à la perte d'un marché, au ralentissement de l'économie. Il peut s'agir également de difficultés financières, ainsi du cas d'un débiteur qui éprouve des difficultés à recouvrer sa créance client⁸⁷⁰. Le débiteur n'est pas pour autant défaillant, il rencontre une simple gêne passagère à laquelle il peut remédier seul ou avec un concours extérieur pourvu que ses partenaires créanciers soient patients.

646. Cette situation est à distinguer de l'impossibilité pour le débiteur de payer ses dettes, car c'est seulement à ce moment- là qu'il devient défaillant et que les poursuites dont la caution peut faire l'objet sont justifiées. Or, la situation du débiteur qui est dans l'impossibilité de payer ses dettes est celle décrite à l'article 2 alinéa 3 et 4⁸⁷¹ de l'AUPC au sujet du redressement judiciaire et de la liquidation des biens : la cessation des paiements, critère distinctif du règlement préventif et de ces deux procédures. C'est justement pour éviter que les difficultés financières et économiques que connaît le débiteur en règlement préventif ne le conduisent en cessation des paiements que le législateur favorise la négociation d'un accord entre le débiteur avec le concours d'un expert et ses créanciers individuellement ou collectivement bien que ces derniers ne soient pas réunis en une masse comme dans le redressement judiciaire.

647. Cette précision entraîne deux conséquences. D'abord, elle permet d'écarter, du champ du règlement préventif, les débiteurs qui ont déjà cessé leur paiement au jour de la décision concernant le règlement préventif et de l'homologation du concordat préventif. Sera ouverte soit une procédure de redressement judiciaire, soit une procédure de liquidation des biens.

⁸⁷⁰ V. en ce sens A. Charveriat et S. Martin, *Défaillances d'entreprises-Régime juridique des procédures collectives*, éd. Francis Lefebvre 1997, n° 62.

⁸⁷¹ Art. 2 al. 3 et 4 AUPC (anc. art. 2-4).

648. Ensuite, il n'y a pas lieu de retenir un règlement préventif, et donc la possibilité pour le débiteur d'obtenir une suspension des poursuites et un accord de ses créanciers, si ses difficultés sont purement juridiques. De ce fait, la naissance d'un contentieux avec un cocontractant ou un désaccord entre associés ne peut justifier la demande d'un concordat de la part du débiteur. Ses difficultés sont donc ciblées de sorte que les délais de paiement consentis au débiteur ont, par un raisonnement par déduction, une visée économique et financière. A l'instar du règlement préventif, ils ont pour but d'aider le débiteur à prévenir des difficultés économiques et financières plus graves et préjudiciables à son existence. Cela implique une plus grande souplesse dans l'interprétation et l'application des principes de droit commun. Autrement dit, l'application de la finalité du cautionnement dans le règlement préventif, que ce soit pour la suspension des poursuites ou les dispositions du concordat, ne favorise pas l'anticipation de la défaillance du débiteur et l'apurement du passif pour des raisons que nous aborderons *infra*. À notre sens, le succès dans la prévention de la cessation des paiements passe par l'application du caractère accessoire de l'engagement de la caution. Les éléments qui militent pour cette solution, au demeurant moderne, ne font pas défaut.

II. La modernité de la solution retenue

649. Dans la pratique contemporaine du cautionnement et de celle des procédures collectives, plusieurs éléments permettent d'envisager l'adaptation de la solution retenue par le législateur français au contexte africain. Il s'agira essentiellement des éléments tirés du contexte juridique international actuel (b), dont l'étude sera précédée de celle des éléments tirés du droit commun du cautionnement applicable dans l'espace OHADA (a).

a. Les éléments tirés du droit commun du cautionnement applicable dans l'OHADA

650. Le droit commun du cautionnement envisage une solution en cas de rééchelonnement de la dette du débiteur. Comme en droit français, l'AUS prévoit la faculté pour la caution, quelle qu'elle soit, de se prévaloir des délais et remises consentis au débiteur dans le cadre d'un accord. Cela signifie que la caution a le choix entre exciper des délais accordés au débiteur ou alors de ne

pas s'en prévaloir⁸⁷². La prorogation du terme ne lui profite que si elle y acquiesce⁸⁷³. Dans le cas contraire, sa renonciation implique l'exercice de son droit de poursuite contre le débiteur afin de « le forcer au paiement ou obtenir une garantie ou une mesure conservatoire ». On peut donc supposer que si la caution renonce aux délais de paiement consentis au débiteur, c'est parce qu'elle sait qu'elle peut exercer une action en remboursement contre celui-ci, dans le cas contraire elle n'y renoncerait pas.

651. Cependant, appliqué aux procédures collectives seul le premier choix de la caution serait envisageable dans la procédure de règlement préventif, car la seconde se heurterait aux règles de la suspension des poursuites contre le débiteur et de l'interdiction des paiements. Autrement dit, celles-ci neutraliseraient les conséquences attendues de la renonciation par la caution aux délais accordés au débiteur. Nonobstant cette difficulté, la solution retenue n'est pas incompatible avec l'idée de permettre à la caution de se prévaloir des dispositions du concordat préventif. De plus, une partie de la doctrine française retient généralement que les délais consentis au débiteur dans le cadre des procédures collectives peuvent être considérés comme des « exceptions inhérentes à la dette »⁸⁷⁴, de telle sorte que la caution peut s'en prévaloir sur le fondement du caractère accessoire de son engagement. Cette solution est transposable en droit africain.

652. Le second argument doit être tiré des solutions inhérentes au droit commun conformément aux dispositions de l'article 29 de l'AUS qui précisent le domaine des exceptions inhérentes à la dette. Cet article dispose que la « caution ou certificateur de caution peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette qui appartiennent au débiteur principal et tendent à réduire, éteindre ou différer la dette sous réserve des dispositions de l'article 17 (sur l'incapacité du débiteur) et 23, alinéas 3 et 4 (...) ».

653. Deux enseignements sont à tirer de cet article, et ceux-ci renforcent notre point de vue de départ. D'un côté, le droit commun du cautionnement dans l'espace OHADA pose la règle classique du bénéfice donné à la caution des exceptions inhérentes à la dette ; par ailleurs, il définit son domaine qui semble intégrer les délais consentis au débiteur. Que signifie la notion

⁸⁷² Art. 23 al. 2 AUS (anc. art. 13 al. 3).

⁸⁷³ V. J. Issa Sayegh, commentaires sous art. 23 AUS, OHADA-Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 2016.

⁸⁷⁴ F. Pérochon, *op. cit.* 992 s. ; V. également N. Picod, *op. cit.* n° 160 *in fine*. (L'opposabilité des délais de paiement accordés au débiteur dans la conciliation).

d'« exception inhérente à la dette »⁸⁷⁵ ? Il s'agit en réalité d'une notion imprécise que le droit civil français oppose généralement à une autre exception également imprécise, l'exception personnelle au débiteur, contrairement au législateur africain qui ne retient que la première. Il est donc nécessaire de noter que cette approche du législateur français rend difficile la compréhension et l'application de ces notions à en juger par la controverse née de la détermination et de la définition de celles-ci en droit commun⁸⁷⁶.

654. Sans anticiper sur les développements y afférents, il convient de retenir d'ores et déjà que la notion d'exception inhérente à la dette ou *rei cohérentes* est schématiquement présentée comme correspondant à des exceptions qui cumulativement appartiennent au débiteur et sont intimement liées à la détermination ou à l'exécution de la dette. Les exceptions qui touchent au vice du consentement du débiteur ne sont pas directement liées à la dette, mais peuvent y avoir une incidence, en cas de nullité du contrat la dette sera éteinte. En revanche, les remises de dette ou les délais de paiement de dette, comme leur nom l'indique, sont d'abord destinés à modifier l'exécution et le montant de la dette qui appartient naturellement au débiteur principal. Ils ne concernent pas directement la personne même du débiteur. C'est ce lien direct de l'exception à la dette qui caractérise la notion d'exception inhérente à la dette.

655. Il s'agit *mutatis mutandis* de l'esprit des dispositions de l'article 29 alinéa 1 de l'AUS. Certes, elles ne définissent pas la notion même d'exception inhérente à la dette, il n'en demeure pas moins qu'elles déterminent son domaine. En ce sens, le législateur fait entrer dans ce domaine, les exceptions qui tendent à :

- réduire la dette du débiteur principal. C'est par exemple le cas des remises partielles, excepté celles consenties dans le cadre d'une procédure collective d'apurement du passif.

- éteindre la dette du débiteur principal. C'est notamment l'hypothèse du paiement de la dette par le débiteur lui-même.

Et enfin celles qui tendent à différer le paiement ou l'exécution de la dette. Il s'agit notamment de l'hypothèse du rééchelonnement de la dette du débiteur, qui ne sera plus payée au terme initialement convenu entre le débiteur et le créancier. A moins que la caution ne renonce

⁸⁷⁵ Anc. art. 2036 C. civ. (devenu art. 2313 al.1^{er}).

⁸⁷⁶ V. *supra* n° 43 s.

librement au bénéfice de ces délais⁸⁷⁷. Par conséquent, il convient de retenir que le droit commun du cautionnement applicable dans l'espace OHADA consacre expressément le droit pour la caution de se prévaloir des délais accordés au débiteur par les créanciers. De surcroît, ce principe du droit commun du cautionnement connaît une seule exception légale, celle des exceptions qui tendent à réduire la dette du débiteur à l'encontre duquel une procédure collective d'apurement du passif est ouverte.

656. Aussi, le législateur OHADA prévoit-il effectivement que les remises de dette accordées au débiteur dans le cadre d'une procédure collective d'apurement du passif ne constituent pas des exceptions inhérentes à la dette dont la caution peut se prévaloir (art. 18 al.1 *in fine*). Cette seule exception signifie-t-elle que les délais accordés dans les procédures collectives sont inhérents à la dette ?

657. En tout état de cause, rien ne s'y oppose, et ce, sur le doublement fondement des principes *exceptio est strictissimae interpretationis*⁸⁷⁸ et *interpretatio talis in ambiguis semper est ut evitetur inconveniens*⁸⁷⁹. L'hypothèse des délais n'étant pas abordée dans le cadre des procédures collectives on suppose que la solution retenue dans le droit commun y sera également applicable. Cela est d'autant plus vrai que le législateur évoquant le cas des remises dans les procédures collectives avait également à l'esprit celui des délais ; s'il a évoqué les premières en termes d'exception c'est que les secondes sont sous-entendues dans le principe. De ce fait, dans le silence du législateur, l'exception posée à l'article 29 al.1 AUS renforce davantage notre conviction. Néanmoins, elle est d'autant plus renforcée que le contexte juridique internationale l'impose presque dans une sorte de globalisation juridique qui ne laisse pas aujourd'hui le législateur africain insensible. Ce dernier a notamment été influencé par les éléments tirés de ce contexte.

b. Les éléments tirés du contexte juridique international

658. Depuis ces dernières années, plusieurs législations ont multiplié les dispositions protectrices de la caution personne physique. Ce fut déjà le cas de la protection du contrat de cautionnement

⁸⁷⁷ Art. 23 al. 3 et 4 AUS (anc. art. 13 al. 3 et 4).

⁸⁷⁸ J.P. Doucet, Adages classiques-Formules juridiques en latin (en ligne): l' « exception est d'interprétation très stricte ». V. également A. Mayrand, Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit, les éditions Yvon Blais inc. 1985, p.76 (« exceptiones strictissimae interpretationis sunt »).

⁸⁷⁹ A. Mayrand, *op. cit.* p. 126 : L'interprétation cesse dans les cas clairs.

en général notamment avec l'obligation d'information imposée au créancier vis-à-vis de celle-ci. Le droit Belge et le droit français ont notamment suivi ce processus de protection.

659. Dans le premier, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle⁸⁸⁰ avait admis que les dispositions législatives qui empêchaient la caution de se prévaloir de certaines mesures avantageuses du débiteur failli étaient discriminatoires⁸⁸¹. Pour motiver sa décision la Cour constitutionnelle belge avançait l'argument selon lequel « même, si l'institution de la caution implique qu'elle reste, en règle générale, tenue de son engagement lorsque le failli est déclaré excusable, il n'est pas davantage justifié de ne permettre en aucune manière qu'un juge puisse apprécier s'il n'y a pas lieu de la décharger, en particulier en ayant égard au caractère désintéressé de son engagement ».

660. Cette jurisprudence a été suivie par le législateur belge en 2005 en permettant à la caution personne physique de bénéficier du régime de l'excusabilité applicable au débiteur. Cette mesure est, *mutatis mutandis*, au droit belge ce que la suspension des poursuites contre la caution personne physique est au droit français des entreprises en difficulté. Ce qu'il faut retenir ici c'est la volonté du législateur belge de faire profiter la caution personne physique, simple ou solidaire, d'une mesure de protection dont bénéficiait déjà le débiteur principal.

661. Pour autant, il y a lieu de relever que cette protection de la caution personne physique, dans le droit des procédures collectives, reçoit sur la scène internationale un écho favorable de la part des législateurs nationaux. Le cas de la France est une autre illustration de cette appétence de protection de la caution personne physique, alors que la caution personne morale est automatiquement soumise au terme initial de la dette principale.

662. Dans le second, toutes les cautions, qu'elles soient personnes physiques ou personnes morales, bénéficient des délais de l'accord de conciliation constaté ou homologué. De même, seules les cautions personnes physiques peuvent se prévaloir des délais et remises du plan de

⁸⁸⁰ Cour constitutionnelle n° 69/2002, 28 mars 2002, Mon. b. 20 juin 2002, 28257, Jur. Liège, Mons et Brux.2002, 808, Rev. dr. comm. 2002, 437. V. également en ce sens Vincent Sagaert, Le droit belge : vers une espace de sûretés flexibles et efficaces ? in études sur « Un recouvrement de créances sans frontières ? », code économique européen, éd. Larcier, 2013, n° 12, p. 159.

⁸⁸¹ Par exemple le juge constitutionnel français, saisi sur une QPC a récemment apporté un raisonnement différent s'agissant du caractère discriminatoire de l'art. 64 al. 2 de la loi du 25 janvier 1985 (Décision n° 2014-447 QPC du 6 février 2015) ; en effet, le Conseil constitutionnel français saisi par la chambre commerciale de la Cour de cassation (Arrêt n° 1109 du 18 novembre 2014) sur la question de la conformité des dispositions de l'art. 64 sus indiqué à la constitution.

sauvegarde. Cette distinction nouvelle apportée dans les procédures collectives par la loi de sauvegarde s'inscrit dans une philosophie de protection des cautions personnes physiques par rapport à la caution personne morale.

663. Cependant, si en Belgique elle est protégée, comme précédemment indiqué, parce que son engagement est considéré comme gratuit, par opposition à l'engagement de la caution personne morale (caution personnelle), en France, notamment dans le droit des procédures collectives, elle bénéficie de cette protection parce qu'elle est généralement dirigeant de l'entreprise en difficulté. Or, comme nous le soulignons déjà, les dirigeants des entreprises en difficulté sont les principaux acteurs de la mise en œuvre des mesures de prévention. De ce fait, ils bénéficient d'une protection particulière afin de rendre efficace le traitement précoce des difficultés de leurs entreprises. Cet objectif impliquait donc une nette distinction entre la caution personne morale et la caution personne physique.

664. En réalité, ce choix du législateur des procédures collectives relève davantage d'une nouvelle distinction plus générale du droit commun du cautionnement entre la caution personne physique et la caution professionnelle, pour ne pas dire personne morale. La protection de la première en droit des procédures collectives correspond au souci du droit commun en général de protéger le cocontractant réputé le plus faible⁸⁸², notamment la caution personne physique. D'où les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 2293 du code civil sur l'obligation d'information des créanciers.

665. Cet intérêt pratique de la protection de la caution personne physique en droit des obligations justifie également cette dualité de régime opérée en droit des procédures collectives⁸⁸³. Celle-ci peut être parfois systématique, lorsque cela est nécessaire, dans ses rapports avec le créancier qu'il soit ou non professionnel⁸⁸⁴. C'est notamment ce choix que fait désormais le législateur africain depuis l'adoption du projet de réforme de l'AUPC. Désormais l'AUPC prévoit qu'« à l'exception des personnes physiques, les coobligés ou les personnes ayant consenti un cautionnement ou affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des délais et

⁸⁸² M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 70.

⁸⁸³ V. également en ce sens, Dominique Vidal et Giulio Cesare Giorgini, *op. cit.* n° 902, « la caution personne morale, le plus souvent caution professionnelle voire établissement de crédit, fait son métier en exécutant une garantie pour laquelle elle s'est ménagée une rémunération appropriée ».

⁸⁸⁴ V. en ce sens A.-S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 221 s.

remises du concordat préventif »⁸⁸⁵. En d'autres termes, la caution personne physique peut se prévaloir des délais et remises de dette concordataires.

666. Il en est ainsi dans le cadre de la procédure de sauvegarde⁸⁸⁶. Le règlement préventif vise aussi toutes les personnes physiques sans distinction. Il en résulte, en application de l'adage *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, que tout garant pourvu qu'il soit une personne physique peut se prévaloir des délais et remises du concordat préventif. En conséquence, tous les tiers, personnes physiques qui ont consenti un cautionnement, une sûreté mobilière ou une hypothèque pourront se prévaloir des délais consentis au débiteur principal.

667. Toutefois, il y a lieu de relever que cette mention du législateur permet d'écarter certains garants personnels. C'est notamment le cas du garant autonome car, contrairement au droit français, la garantie autonome ne peut être souscrite que par une personne morale⁸⁸⁷. En revanche, on observe que ces personnes morales ne sont pas non plus concernées que celles qui ne peuvent se prévaloir des dispositions du concordat préventif. Autrement dit, en visant les seuls « coobligés ou personnes ayant consenti un cautionnement ou affecté ou cédé un bien en garantie », cette disposition exclut les personnes morales qui se sont engagées à payer une somme déterminée au créancier sur première demande de ce dernier. La situation de cette catégorie de garants personne physique constituerait donc l'exception au principe du non-bénéfice à tout garant personne morale des délais et remises du règlement préventif.

668. Il existe donc comme dans la suspension des poursuites, une dualité de régime entre la caution personne physique et la caution personne morale, une nouveauté dans le droit OHADA des procédures collectives. Jusque-là, le refus à la caution de se prévaloir des délais et remises du plan était perçu comme un avantage pour les créanciers, car ils étaient sûrs qu'en consentant les remises et délais au débiteur principal ils pourraient se retourner contre la caution.

669. Cette mesure avait pour but, dans l'esprit du législateur OHADA de rassurer les créanciers quant aux possibilités de recouvrement de leur créance sans difficulté et selon les délais convenus entre les parties nonobstant l'ouverture d'une procédure collective. Toutefois, la question qui nous occupe désormais l'esprit est de savoir si cette dernière mesure est susceptible de recevoir

⁸⁸⁵ Art. 18 al. 3 AUPC.

⁸⁸⁶ Art. L. 626-11 al. 2 C. com (anc. art.L.621-65) ; comp.L.631-20 (plan de redressement).

⁸⁸⁷ Art. 40 al. 1 AUS.

l'adhésion des créanciers ? Ou alors, ne dissuaderait-elle pas les entreprises surtout étrangères, à s'installer pour répondre au vœu de développement du secteur économique africain ?

670. Il n'en sera rien, du moins si l'Afrique enregistre un frein à son développement ce ne sera pas à cause de cette mesure. Les investisseurs qui viennent en Afrique connaissent pour la plupart ces mesures, car elles leur sont applicables dans leur Etat d'origine. De même, elle leur offre une possibilité de recouvrer leur créance en totalité si à travers le concordat préventif le débiteur arrive à résoudre ses difficultés financières.

671. Aussi, les États qui ont adopté la même distinction ne semblent pas avoir souffert économiquement de son fait. Toutefois, son application en droit OHADA implique une adaptation à l'environnement économique, social et juridique des États membre de l'OHADA en vue d'éviter un mimétisme juridique qui rendrait plus complexe un droit très mal connu et en quête perpétuelle de simplicité. Au surplus, la prévention apparaît comme le fondement de l'application de la théorie de l'accessoire qui implique l'opposabilité des dispositions des accords ayant autorité de la force jugée dans les procédures préventives par la caution de façon générale. L'idée est que l'impératif de prévention des difficultés de l'entreprise implique d'anticiper le comportement des personnes qui ont un impact sur l'ouverture des procédures préventives à savoir le chef d'entreprise ou ses proches cautions⁸⁸⁸.

672. Le but étant d'éviter au débiteur d'être défaillant, mais surtout de lui permettre de continuer à payer ses créanciers, l'opposabilité des délais par les cautions personne physique n'est pas incompatible avec la finalité du cautionnement. C'est plutôt un moindre mal. Ce qui n'est pas le cas lorsque le débiteur a cessé ses paiements, raison pour laquelle les législateurs français et OHADA optent pour une solution identique plus draconienne.

B. L'instauration de l'opposabilité sous conditions

673. La nouvelle procédure de conciliation du droit OHADA, une reproduction *mutatis mutandis* de la procédure du droit français, aboutit à la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers qui, rappelons-le, ne sont pas regroupés en une masse⁸⁸⁹. Il s'agit d'un

⁸⁸⁸ D. Vidal et G. Cesare Giorgini, *op. cit.* n° 900.

⁸⁸⁹ F.M. Sawodogo, *op. cit.* p. 34.

accord amiable qui intervient dans une procédure consensuelle et confidentielle sous l'encadrement d'un conciliateur dont le statut juridique est précisé aux articles 5-4 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Le rôle de ce dernier est notamment est de favoriser la recherche d'un accord, et non à contraindre les parties à y parvenir.

674. Ceux qui ne veulent pas de cet accord seront libres d'exprimer leur volonté de ne pas y participer et par ricochet de ne pas accorder des délais de paiement au débiteur⁸⁹⁰. Simplement, pour ceux qui sont titulaires d'un cautionnement, cette liberté vise à leur faire prendre conscience que s'ils accordent des délais de paiement ils ne pourront pas se retourner immédiatement vers la caution ou tout autre garant. En effet, pour ceux qui consentent des délais de paiement, le nouvel AUPC dispose en son article 5-12 alinéa 2 que les « personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie et les coobligés peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord ».

675. La caution sans distinction peut donc se prévaloir des délais de paiement consentis au débiteur à l'issue de la procédure de conciliation comme en droit français. Ici, l'accessoire suit naturellement le principal de façon absolue d'autant plus que, contrairement à l'incidence des délais concordataires, toute caution, aussi bien personne physique que personne morale, peut s'en prévaloir notamment durant l'exécution de l'accord. C'est tout le contraire des délais concordataires consentis dans le cadre du règlement préventif ou seule la caution personne physique peut s'en prévaloir⁸⁹¹ comme dans la procédure de sauvegarde du droit français. C'est la même solution qui est retenue dans le cadre du nouveau règlement préventif simplifié conformément aux dispositions des articles 18 alinéa 3 et 24⁸⁹² AUPC.

676. Aussi, tout comme en droit français, cette nouvelle dualité de traitement entre caution personne physique et caution personne morale, dans cette procédure de règlement préventif révisée, contribue à la modernité de l'AUPC en ce sens que plus « les mesures seront précoces

⁸⁹⁰ Art. L. 626-5 C. com. : la contractualisation du plan suggère l'accord des différentes parties. Celui du créancier est généralement requis lorsque les modalités de paiement de sa créance sont susceptibles d'être modifiées (V. en ce sens C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 939 s.).

⁸⁹¹ Art. 18 al.3 AUPC.

⁸⁹² Art. 24 AUPC ; la procédure de règlement préventif simplifiée, réservée aux petites entreprises dont l'effectif en personnel est inférieur ou égal à 20 salariés (art.1-3 AUPC), est soumise aux règles applicables au règlement préventif. V. également en ce sens B. Diallo, Des procédures adaptées aux « petites » entreprises : Les procédures simplifiées, Dr. et patrimoine, déc. 2015, n°253, p.45.

moins les conséquences seront pénalisantes pour »⁸⁹³ les dirigeants caution ou leurs proches. Une mesure d'anticipation de la cessation des paiements du débiteur. Sauf qu'ici, contrairement à la solution retenue dans la conciliation, il y a une application partielle de la règle de l'accessoire ; l'accessoire et presque tout l'accessoire, dirions-nous, suit le principal. Il s'agit, d'une nouveauté dans le droit OHADA et non d'une innovation comme ce fut le cas en droit français lors de la réforme estivale de la loi de sauvegarde de 2005. Elle résulte notamment du fait qu'avant la réforme de l'AUPC de 2015, la caution sans distinction ne pouvait pas se prévaloir des dispositions du concordat préventif sur le fondement de la fonction de garantie du cautionnement. Seule la situation de la caution personne physique a changé. En revanche, la caution personne morale demeure toujours aussi obligée dans les conditions initiales dans une procédure qui, elle-même, n'a que très peu changé⁸⁹⁴.

677. Dans ce contexte, il faut tout de même observer que la situation de la caution personne morale n'est pas différente de celle du garant autonome car aucun des deux ne peut se prévaloir des dispositions du concordat préventif. Or, l'opposition entre ces deux garanties réside dans la distinction de la nature de leurs engagements. On peut donc regretter cette solution du législateur OHADA, sans la remettre en cause. A l'inverse, dans ce même contexte, on conseillerait aux créanciers d'avoir recours à ce type de garantie car elle semble particulièrement résister aux effets de l'ouverture de la procédure collective et du concordat préventif. Autrement dit, la suspension des poursuites contre la caution et les délais de paiement, dont elle profite, n'influencent l'exécution de l'engagement du garant autonome.

678. Cependant, une question pratique nous paraît importante, elle concerne le moment à partir duquel les délais de paiements consentis au débiteur dans le cadre du concordat préventif sont opposables par la caution personne physique. Le sont-ils comme souvent dès l'homologation de l'accord ou le droit OHADA choisit-il un autre moment particulier ? Pour y répondre, notons que traditionnellement les délais qui sont opposables par la caution, sont issus d'accords ou de plans ou de concordats homologués. Dans le cadre du règlement préventif, c'est à partir de l'homologation du concordat préventif que les délais peuvent être opposés au créancier de façon générale.

⁸⁹³ C. Souweine, Garants et dirigeants dans les procédures collectives au regard de la loi nouvelle, in la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit d'Aix-Marseille et le Barreau de Marseille le 16 nov. 2005, p. 145.

⁸⁹⁴ F.M. Sawadogo, *op. cit.* p. 37

679. Cela s'explique notamment par le fait que le concordat préventif acquiert force obligatoire lorsqu'il a fait l'objet d'une homologation par la juridiction compétente. Cette homologation se manifeste notamment par la constatation des délais et remises par la juridiction compétente⁸⁹⁵. Le législateur formule expressément cette solution en indiquant que l'homologation « du concordat préventif rend celui-ci obligatoire pour tous les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture du règlement préventif »⁸⁹⁶. *A contrario*, tout concordat qui n'aurait pas fait l'objet d'une homologation ne sera pas opposable par la caution personne physique. En revanche, le législateur n'a pas fait preuve de la même précision en ce qui concerne la force obligatoire de l'accord. C'est en ce sens que le législateur OHADA indique que l'accord signé entre le débiteur et ses créanciers peut être validé soit en le déposant au rang des minutes d'un notaire, soit en l'homologuant ou en en recourant à l'exequatur. En même temps, même si la loi ne l'indique pas expressément, on peut supposer que ces trois formalités peuvent être réalisées par la partie la plus diligente pour que l'accord conclu soit « opposable » à tous. Les délais issus de ces trois formes d'accord sont-ils tous opposables par la caution ?

680. *A priori* une réponse affirmative semble judicieuse en application du vieil adage *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. En effet, en indiquant simplement que la caution peut se prévaloir des « dispositions de l'accord », le législateur n'a pas entendu faire de distinction entre les dispositions de l'accord déposé au rang des minutes d'un notaire, et l'accord homologué ou celui pour lequel on a eu recours à l'exequatur. En conséquence, l'interprète n'a pas à distinguer. En d'autres termes, cela signifie que les délais issus d'un acte authentique notarié s'imposent de la même façon aux créanciers qui y ont consenti que ceux résultant d'un accord homologué ayant donné lieu à exequatur. Si les délais de l'accord homologué n'appellent pas davantage d'observations que celles qui lui ont déjà été consacrées dans le cadre du redressement judiciaire, il paraît opportun d'apporter quelques observations à propos du régime applicable aux autres accords.

681. D'abord s'agissant de l'accord déposé au rang des minutes d'un notaire, il s'agit d'un acte authentique notarié ou acte notarié signé par le notaire et les parties et qui « permet tout à la fois

⁸⁹⁵ Art. 15 al.1-2 et art. 18 al.1 AUPC.

⁸⁹⁶ Art. 18 al.1 AUPC.

de préserver son caractère confidentiel et de lui donner date certaine »⁸⁹⁷. Lorsqu'il est revêtu de la formule exécutoire, il produit théoriquement les mêmes effets qu'un jugement ayant l'autorité de la chose jugée. Seulement, un tel accord présente deux inconvénients. Le premier, c'est le coût élevé des frais de notaires autant pour authentifier l'acte que pour la délivrance de la copie exécutoire.

682. Il n'est pas inintéressant de considérer que ces frais sont susceptibles de dissuader de nombreuses petites entreprises africaines, de telle sorte que cette mesure sera plus adaptée théoriquement aux grandes entreprises telles que les multinationales, les filiales de grands groupes européens. Or, il est incontestable que le tissu économique des Etats membres de l'OHADA est constitué dans sa majorité par un nombre élevé de PME et ce sont elles qui éprouvent plus de difficultés. On peut donc regretter que cette mesure, qui vise à simplifier la conclusion d'un accord direct entre les parties, soit en même temps susceptible d'être financièrement dissuasive. Elle peut ainsi paraître inadaptée, car le débiteur connaît des difficultés financières et il lui est encore demandé de trouver de sommes importantes, qui auraient pu lui permettre de rembourser une dette, pour acquitter les frais.

683. On constatera que toute procédure susceptible de réduire d'une façon importante l'actif disponible du débiteur doit être évitée. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'équivalent de cette procédure en France nous paraît plus intéressant. La procédure de constatation de l'accord signé entre le débiteur et les créanciers permet à ces derniers d'obtenir rapidement et à moindre coût un titre exécutoire pour l'exécution de leur accord en cas de défaillance d'une des parties. L'accord des parties déposé au rang des minutes d'un notaire nous paraît peu efficace. Elle profitera davantage aux notaires qu'aux entreprises en détresse. Par conséquent, on suggérera une procédure aussi simple que la précédente, mais qui serait de moindre coût pour le débiteur en difficulté qui manque de liquidité. Pour cela nous pensons qu'elle devrait se dérouler dans le même état d'esprit qu'une injonction de payer que tous les Etats membres de l'OHADA pratiquent depuis des décennies. Et dans le même état d'esprit que la procédure française de constatation de l'accord⁸⁹⁸.

⁸⁹⁷ Avant-projet d'amendements à l'Acte Uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, document de travail, comm. ss art. 4-9, p. 13.

⁸⁹⁸ Art. L.611-8, I et art. R. 611-39 C. com.

684. Concrètement, elle consistera pour le débiteur et les parties qui sont parvenues à un accord à saisir le Président du tribunal par une requête sur ordonnance sur laquelle le greffier, comme en France, fera figurer la formule exécutoire. La procédure devra nécessairement être encadrée afin qu'elle ne soit pas lourde. Elle devra être très limitée dans le temps. Un bref délai inférieur ou égal à 5 jours pourrait être requis entre la saisine du Président du Tribunal et l'apposition de la formule exécutoire. Quant aux compétences du juge, elles seraient liées.

685. Ensuite, s'agissant de l'accord exéquaté, il convient d'observer que l'exequatur n'est rien d'autre qu'une « autorisation judiciaire d'exécuter, accordée à un acte juridictionnel ou gracieux de droit privé dépourvu de force exécutoire dans l'ordre juridique du juge requis »⁸⁹⁹ notamment en raison de son extranéité. Il s'agit d'une procédure intermédiaire qui permet à une décision étrangère de produire les effets juridiques qui y sont attachés dans l'Etat membre d'exécution. Une sorte de visa judiciaire, car l'application d'une telle décision n'est pas automatique dans un autre Etat. Si en France cette procédure est déterminée par le code de procédure civile⁹⁰⁰, dans l'espace OHADA elle est déterminée par les codes équivalents de chaque Etat membre.

Quid de l' « accord exéquaté » ?

686. Eu égard à ce qui précède, le terme semble être un abus de langage et révèle autrement sa faible portée. Dans un premier temps, tel que rédigé, l'article 5-10 laisse penser que l'accord signé par les parties peut être revêtu de l'exequatur de la même façon que peut l'être l'homologation comme si les deux procédures se réalisaient dans les mêmes conditions. Il s'agit d'une erreur de plume du législateur OHADA, car une telle procédure serait une curiosité juridique. Par exemple si l'on considère l'exequatur telle que pratiquée au Sénégal, elle ne s'applique qu'à une décision de justice qu'elle rend exécutoire⁹⁰¹. Ce que n'est pas un accord simplement signé par les parties qui est en réalité un acte sous seing privé. Or, le juge de l'exequatur ne statue que sur les décisions, sentences arbitrales et titre exécutoire y compris. Par conséquent, la mention « accord exéquaté » de l'article 5-10 AUPC n'est pas appropriée.

687. Toutefois, il est possible qu'à travers cette mention le législateur ait voulu évoquer l'hypothèse d'un accord ayant déjà force exécutoire dans un autre Etat de l'espace OHADA.

⁸⁹⁹ Dictionnaire de la culture juridique, dir. D. Alland, S. Rials, PUF 2003, p.685.

⁹⁰⁰ Art. 509 CPC.

⁹⁰¹ Art. 787 CPC.

C'est-à-dire un accord déposé au rang des minutes d'un notaire ou homologué par la juridiction compétente, car ce dernier a force exécutoire et remplit les conditions générales exigées en vue de son exequatur sous réserve du respect de l'ordre public de l'Etat d'exécution. Dans ce cas classique, il faut imaginer que cette mention sera prochainement modifiée. L'incertitude est néanmoins de mise concernant l'exequatur de l'accord authentique notamment notarié, car l'Acte Uniforme ne prévoit pas une procédure uniforme d'exequatur des décisions juridictionnelles, y compris les actes authentiques assimilés. Ce qui est tout le contraire du droit communautaire européen de l'insolvabilité qui à travers essentiellement les Règlements 1346/2000 et 44/2001 du 22 décembre 2000⁹⁰² détermine plus ou moins les règles qui gouvernent la procédure d'exequatur applicable dans chaque Etat membre.

688. Pour ce qui est du droit communautaire OHADA, si on peut regretter cette absence de procédure d'exequatur uniforme, il faudra en revanche se référer aux procédures prévues par chaque Etat parti de l'OHADA. Ce qui a des conséquences sur la compétence du juge national. Il en va ainsi en droit sénégalais. Dans celui-ci l'exequatur, tel que défini dans le code de procédure civile sénégalais ne s'effectue que sur un acte juridictionnel et dans des conditions strictes propres prévues aux anciens articles 787 et suivant du code de procédure civil. En ce sens, le président du tribunal régional du lieu d'exécution sera ici compétent conformément aux dispositions de l'ancien article 789. Néanmoins, en cas de recours, il faut considérer que le juge sénégalais devra se déclarer incompétent au profit du juge communautaire seul compétent pour connaître des recours en cassation sur les matières régies par l'Acte Uniforme conformément aux dispositions de l'article 14 alinéa 4 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique.

⁹⁰² JOCE. L.12 du 16 janv. 2001

SECONDE PARTIE

LA PORTEE DU PRINCIPE D'EXECUTION DE L'OBLIGATION DE LA CAUTION

689. Il est généralement admis que c'est à l'aune des procédures collectives que l'on apprécie l'efficacité des garanties en général et celle du cautionnement en particulier. Cette assertion se justifie par les conditions de mise en œuvre du cautionnement en droit commun⁹⁰³ qui supposent la défaillance du débiteur c'est-à-dire l'absence de paiement de l'obligation garantie⁹⁰⁴. Elle se justifie également par la protection du débiteur par le dispositif de la discipline collective⁹⁰⁵ dès le jugement d'ouverture de la procédure collective et tout au long de celle-ci, car celui-ci empêche le créancier de procéder au recouvrement de sa créance auprès du débiteur⁹⁰⁶.

690. Dans ce contexte, le réflexe du créancier de mettre en œuvre le cautionnement notamment aux conditions de droit commun peut paraître légitime eu égard à l'insolvabilité du débiteur. Nonobstant le débat doctrinal né autour de cette question⁹⁰⁷, les législateurs français et OHADA consacrent ce réflexe dans la mesure où, contrairement au droit antérieur⁹⁰⁸, ils permettent en principe au créancier de recouvrer sa créance auprès de la caution⁹⁰⁹, sous réserve des exceptions qui accompagnent ce principe dans les deux systèmes juridiques lorsque le débiteur a sollicité l'ouverture d'une procédure préventive et du redressement judiciaire. La caution doit dès lors supporter seule le poids de l'insolvabilité du débiteur⁹¹⁰.

691. Cependant, ce rôle de la caution dans l'apurement du passif du débiteur n'est pas sans conséquence pour l'équilibre du cautionnement de l'ouverture de la procédure à sa clôture, en passant par l'exécution du plan et du concordat. Autrement dit, l'exécution de l'obligation de la

⁹⁰³ Droit français : Art. 2298 s. C. civ. ; Droit OHADA : art. 23 s. (anc. art. 13 s.) ; V. également A. Minkoa She, *op. cit.* n° 229 s. ; J.B. Seube, *op. cit.* n° 90 s.

⁹⁰⁴ Droit français : art. 2288 C. civ. ; Droit OHADA : art. 23 al. 1 AUS ; V. également M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 277 s.

⁹⁰⁵ P.M. Le Corre, *Droit des sûretés. L'évolution du droit des sûretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* p. 214 et 215.

⁹⁰⁶ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 693 s.

⁹⁰⁷ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 623.

⁹⁰⁸ Dans le droit antérieur, les législateurs français et OHADA adoptaient généralement une position neutre sur l'impact de la discipline collective sur le sort de la caution ce qui se traduisait par un certain mutisme de leur corpus juridique sur la question. La jurisprudence et la doctrine françaises ont néanmoins souvent palier ces négligences.

⁹⁰⁹ Com. 27 fév. 2007, n° 381 ; D. (Act.), 20 mars 2007, note A. Lienhard (« Le créancier peut agir contre la caution dès le prononcé du jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire de ce débiteur ») ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 726 ; A. Minkoa She, *op. cit.* n° 243 s.

⁹¹⁰ E. Bazin, *Les situations favorables et défavorables de la caution dans le cadre des procédures collectives* (Loi du 25 janvier 1985), *Rev. Huissiers* 1994, p. 137, n° 8 : l'auteur estime que dans le contexte des procédures collectives ou règne la discipline collective, qui implique la protection du débiteur et les restrictions des droits substantiels des créanciers, le cautionnement apparaît comme le seul remède pour ceux-ci.

caution aux conditions conventionnelles, combinée à la protection du débiteur tout au long de la procédure, sont susceptibles de renforcer l'engagement de la caution.

692 Cette situation pourrait conduire à la majoration de l'obligation de la caution *in bonis* essentiellement lorsque le débiteur est déchargé d'une partie ou de la totalité de son engagement durant la procédure. Dans cette hypothèse, le *quantum* du montant de la créance à payer par la caution ne s'effectuerait pas à la hauteur de la décharge consentie au débiteur. Il en est ainsi en cas d'arrêt du cours des intérêts dans le redressement judiciaire⁹¹¹, les intérêts à échoir seront à la charge de la caution outre les intérêts échus et donc dus par le débiteur. La prolongation de la procédure sera défavorable à la caution tant qu'elle n'aura pas payé le créancier bénéficiaire d'un taux plus élevé, le montant de sa dette augmentera de la nouvelle créance d'intérêts alors que le passif du débiteur aurait été antérieurement arrêté⁹¹². Cette majoration du *quantum* envers la caution *in bonis* est également susceptible d'entraîner sa propre insolvabilité à supposer qu'elle ne soit pas en mesure de faire face à toutes ses obligations. Autrement dit, elle pourrait connaître une gêne momentanée de trésorerie⁹¹³, ou être dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible⁹¹⁴.

693. Cet affaiblissement de situation de la caution pourrait également trouver sa source dans la restriction du droit au remboursement de la créance de la caution *solvens*, nonobstant le droit que lui accorde le législateur de poursuivre le débiteur à la clôture de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif⁹¹⁵. La caution qui a payé durant la procédure ne recouvre pas toujours sa créance à la fin de celle-ci, de sorte qu'elle est susceptible de supporter définitivement la charge de l'obligation du débiteur principal. Il en serait parfois ainsi en cas de liquidation d'une entreprise pour insuffisance d'actif, celle-ci entraîne la radiation de l'entreprise du registre de commerce⁹¹⁶ et rend difficile le recouvrement de la créance de remboursement de la caution *solvens*.

694. Ces observations invitent, en premier lieu, à examiner l'autonomie du montant de la dette à payer par la caution *in bonis*, approche relativement partagée par le droit français et le droit

⁹¹¹ Art. L. 631-14 C. com.

⁹¹² V. Bouthinon-Dumas, Le banquier face à l'entreprise en difficulté, préf. A. Ghozi, Revue Banque, n° 222.

⁹¹³ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 440.

⁹¹⁴ Art. L. 631-1 C. com. et art. 25 al. 2 AUPC.

⁹¹⁵ Art. L. 643-11-II C. com.; art. 174 al. 1 AUPC; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* p. 910, n° 1380.

⁹¹⁶ Art. R. 123-129 C. com.

OHADA (Titre 1). En second lieu, il s'agira d'analyser la restriction du droit au remboursement de la caution *solvens* (Titre 2).

TITRE 1. L'AUTONOMIE DU MONTANT DE LA DETTE A PAYER PAR LA CAUTION *IN BONIS*

695. La théorie de l'accessoire⁹¹⁷ implique que la caution *in bonis*, eu égard à l'étendue de son engagement⁹¹⁸, paye au créancier ce que le débiteur doit à celui-ci, c'est-à-dire que le *quantum* de l'engagement ne doit pas excéder le montant et les modalités de la dette du débiteur en capital et/ou⁹¹⁹ en accessoires. Autrement dit, le plafond du montant de la créance à payer par la caution, est le montant que doit payer en principe le débiteur lui-même⁹²⁰. Le cautionnement indéfini⁹²¹ illustre mieux cette réalité, car il implique la garantie de la dette du débiteur dans son intégralité par la caution. La formule consacrée en ce sens est que l'« obligation de la caution épouse celle du débiteur »⁹²² c'est-à-dire que l'engagement du débiteur est la seule limite de celle de la caution.

696. Cependant, cette identité parfaite entre le *quantum* de l'engagement de la caution et celui de l'engagement du débiteur semble être remise en cause dans le droit des procédures collectives. Il en est ainsi dans deux principales situations. D'abord, en cas de décharge contractuelle du débiteur durant une procédure préventive ou de redressement judiciaire en droit français, comme en droit OHADA. Dans cette hypothèse, la décharge s'illustre soit par une suppression de la dette du débiteur, c'est le cas de la remise de dette partielle ou totale, dans le cadre de l'accord constaté ou homologué⁹²³, du plan ou du concordat, soit par le transfert de la dette du débiteur principal à une autre personne, c'est le cas lors de la transmission du prêt au cessionnaire.

697. Ensuite, en cas de décharge légale consécutive au jugement d'ouverture des procédures préventives et curatives du droit français et du droit OHADA. Il en est ainsi de la remise des

⁹¹⁷ Art. 2290 C. civ. (anc. art. 2013) et art. 17 al. 3 AUS (anc. art. 7 al. 3).

⁹¹⁸ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 202 s. ; J.B. Seube, *op. cit.* n° 72 s. ; V. également, Com. 28 fév. 2018, n° 16-18.692 ; Bull. Joly Sociétés juin 2018, p. 351 et 353, obs. B. Dondero (hypothèse d'un alourdissement de l'engagement de la caution suite à la fusion absorption d'une société : l'engagement du dirigeant-caution portant sur l'ensemble des engagements, présents ou futurs, d'une société absorbante à l'égard d'une banque s'étend à ceux de la société initiale mais également aux engagements des sociétés absorbées dont la dissolution sans liquidation a entraîné une transmission universelle de patrimoine).

⁹¹⁹ La caution peut garantir soit le capital, soit les accessoires soit enfin les deux.

⁹²⁰ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 202.

⁹²¹ Art. 2293 C. civ. (anc. art. 2016) et art. 18 al. 1 AUS (anc. art. 8 al. 1).

⁹²² J.B. Seube, *op. cit.* n° 73 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 204.

⁹²³ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 363 ; A. Provansal, Procédure collective et sûretés personnelles : L'exécution contre les cautions, les coobligés et garants autonomes des débiteurs en procédure collective, Gaz. Pal. 2007, n° 193, p. 3.

intérêts postérieurs au jugement d'ouverture⁹²⁴, car seuls les intérêts échus seront dus par le débiteur. La caution devra payer le montant correspondant au capital majoré des intérêts échus et de ceux à échoir postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, excepté la caution personne physique dans la sauvegarde⁹²⁵ en droit français, et dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens en droit OHADA⁹²⁶.

698. Au regard de tous ces différents cas de figure, l'autonomie de la dette à payer par la caution *in bonis*, résultant de l'inopposabilité de la décharge accordée au débiteur entraîne un alourdissement de son engagement⁹²⁷ dans le cadre du plan⁹²⁸, ou du concordat⁹²⁹, y compris la cession. L'autonomie implique le maintien du *quantum* de la dette cautionnée (Chapitre 1). Cette autonomie se manifeste également par l'inopposabilité de l'arrêt du cours des intérêts consécutif au jugement d'ouverture de la sauvegarde, du redressement ou de la liquidation judiciaires, et de la liquidation des biens. On observe une variation du *quantum* de la dette cautionnée (Chapitre 2).

⁹²⁴ Art. L. 622-28 al. 1 C. com.

⁹²⁵ Art. L. 622-28 al. 2 C. com.

⁹²⁶ Art. 77 al. 2 AUPC.

⁹²⁷ V. en ce sens A. Martin-Serf, obs. sous. Com. 11 mai 1993, RTD com. 1995, p. 202 (à propos de l'impact de l'arrêt du cours des intérêts sur l'engagement de cautionnement).

⁹²⁸ Sauvegarde : art. L. 626-11 al. 2 C. com. ; Redressement judiciaire: art. L. 631-20 C. com.

⁹²⁹ Règlement préventif : art. 18 al. 3 AUPC ; Redressement judiciaire : art. 134 al. 5 AUPC.

CHAPITRE 1. LE MAINTIEN DU *QUANTUM* DE LA DETTE CAUTIONNEE

699. La caution « ne peut valablement s'obliger à plus qu'à ce à quoi le débiteur principal est obligé ; et comme le plus s'estime non seulement *quantitate*, mais aussi *die, loco, conditione, modo*, il en résulte que le fidéjusseur ne peut s'obliger à des conditions plus dures que le principal obligé : car l'obligation accessoire ne peut surpasser la principale ; mais il peut s'obliger à des conditions moins dures »⁹³⁰. Ces propos d'un éminent auteur, jurisconsulte orléanais, mettent en avant une des principales conséquences du caractère accessoire de l'engagement de la caution : la caution ne peut être traitée *in duriorem causam*⁹³¹.

700. Cette approche de l'étendue de l'obligation de la caution implique, au sens strict, que la décharge⁹³² du débiteur entraîne celle de la caution⁹³³, ou encore que l'extinction de l'obligation principale, qui libère le débiteur, emporte l'extinction de l'obligation de la caution et libère par la même occasion la caution de son engagement⁹³⁴. Une solution contraire aura pour conséquence d'accorder un traitement de faveur au débiteur et d'exiger la prestation de la caution dans des conditions plus onéreuses.

701. En droit commun, il existe plusieurs hypothèses de décharge du débiteur. Ce dernier peut être simplement libéré de son obligation⁹³⁵, sa dette est directement éteinte⁹³⁶ ou encore, cette

⁹³⁰ Pothier, Traité des obligations, *op. cit.* n° 370, p. 175.

⁹³¹ *In duriorem causam* : être plus durement traité. Autrement dit, la caution est plus durement traitée que le débiteur.

⁹³² Selon le Vocabulaire juridique, la décharge est la « libération légale ou conventionnelle d'une obligation ». Autrement dit, la décharge est l'acte par lequel une personne physique ou morale dispense ou libère une autre de son obligation. C'est par exemple le cas pour le débiteur d'une obligation monétaire. La décharge de celui-ci signifie qu'il est libéré de son obligation de paiement de la somme d'argent due au créancier.

⁹³³ Anc. art. 1287 C. civ. (devenu art. 1350-2).

⁹³⁴ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 573 s.

⁹³⁵ Le débiteur est déchargé de son obligation sans que le créancier ne soit en mesure de recevoir la prestation qu'il attendait. C'est notamment le cas de l'impossibilité d'exécuter dont la définition et le régime ont été précisés par la réforme française du 10 février 2016. En outre, la décharge du débiteur peut intervenir lorsque celui-ci est en mesure de se prévaloir de sa qualité de créancier d'une quelconque manière. C'est le cas lorsqu'il y a confusion c'est-à-dire lorsque les qualités de débiteur et de créancier d'une même obligation sont réunies dans la même personne (Art. 1349 s. C. civ.-anc. art. 1300 ; art. 214 al.1 code sénégalais des obligations civiles et commerciales.). Par exemple, il y a confusion lorsque le débiteur devient héritier de son créancier et vice versa. La confusion peut également intervenir entre une société mère et sa filiale notamment lorsque l'une et l'autre font l'objet d'une fusion-absorption (Art. 1844-4 C. civ. et art. L.636 et s. C. com.; 3^e directive 78/855/CEE du Conseil, du 9 oct. 1978, JO n° L 295 du 20 oct. 1978, p. 0036 et s. art. 3 al.1 : La fusion-absorption est « l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux actionnaires de la ou des sociétés absorbées d'actions dans la société absorbante »).

dernière est transmise à une autre personne⁹³⁷. Toutes ces opérations permettent directement ou indirectement au débiteur d'être déchargé, partiellement ou totalement, temporairement ou définitivement, de son engagement à l'égard du créancier. Dès lors, se pose naturellement la question du sort réservé à la caution. Cette dernière pourrait profiter de la décharge consentie au débiteur, telle que la remise de dette, mais elle pourrait aussi être contrainte de payer ce que le créancier ne pourrait réclamer au débiteur principal, le premier ayant déchargé le second du paiement de sa dette ou d'une partie de celle-ci.

702. Cette seconde hypothèse est celle qui est davantage observée en droit des procédures collectives dans deux situations distinctes : d'une part, en cas de remise de dette du débiteur dans le cadre du plan⁹³⁸ ou du concordat⁹³⁹ de redressement judiciaire, la caution sera « plus étroitement et plus durement obligée »⁹⁴⁰ puisqu'elle pourra être contrainte de payer une somme que le créancier ne peut plus obliger le débiteur principal à payer. D'autre part, dans le cadre d'un plan de cession⁹⁴¹, le transfert du prêt au cessionnaire⁹⁴² décharge le débiteur de son obligation pour les échéances de remboursement du prêt postérieures, celles-ci étant désormais à la charge du cessionnaire⁹⁴³. Il en va autrement de la caution qui reste tenue des engagements de l'emprunteur malgré la décharge de celui-ci⁹⁴⁴.

703. Dans ces deux exemples, on observe un traitement de la caution qui est différent de celui réservé au débiteur déchargé tantôt par une mesure qui le concerne directement, tantôt par une

⁹³⁶ La décharge du débiteur est essentiellement consécutive à l'extinction de sa dette. C'est le cas lorsque le débiteur ou un tiers effectue un paiement (Art. 1342 s. C. civ. -anc. art. 1236 s.) auprès du créancier, ce qui implique l'exécution volontaire de la prestation due (Art. 1342 al.1 C. civ.). La réalisation de cette opération éteint la dette et libère en conséquence le débiteur à l'égard de son créancier. C'est également le cas lorsqu'il y a compensation c'est-à-dire « l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes » (Par exemple, si A a une dette de 1000 à l'égard de B et que celui-ci lui doit 900, il y aura une compensation à hauteur de 900 entre les deux obligations de sorte qu'*in fine* A ne devra plus que 100 à B, qui ne lui doit plus rien.). C'est enfin le cas de la remise de dette qui est la convention par laquelle le créancier libère directement le débiteur de son engagement (Art. 1350 s. C. civ. -anc. art. 1285 s.) par l'extinction de sa dette (C'est par exemple le fait pour celui qui a consenti un prêt à un autre de renoncer à être remboursé de sorte que le débiteur ne doit plus rien au créancier, sous réserve de l'hypothèse d'une remise partielle).

⁹³⁷ Art. 1216 et art. 1216-1 C. com.

⁹³⁸ Art. L. 631-20 C. com.

⁹³⁹ Art. 134 al. 5 AUPC.

⁹⁴⁰ Pothier, *op. cit.* n° 377, p. 281.

⁹⁴¹ Droit français : art. L. 631-13 s. (Redressement judiciaire) et art. L. 642-2 s. (Liquidation judiciaire) C. com. ; Droit OHADA : art. 131 s. (Redressement judiciaire) et art. 160 s. (Liquidation des biens) AUPC.

⁹⁴² Art. L. 642-12 C. com.

⁹⁴³ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1335 s.; C. Berger, Le sort de la caution en cas de cession de contrat dans le cadre d'une procédure collective, D. 2003, Chron. 1682 s.; Com. 29 nov. 2016, n° 15-11.016.

⁹⁴⁴ Com. 13 nov. 1999, Bull. civ. 1999, n° 87; RTD com. 1999, 964, obs. C. Saint-Alary-Houin ; D. 2000. 257, note Lipinski; RTD com. 2000, 177, obs. A. Martin-Serf ; Com. 3 avr. 2002, Rev. proc. coll. 2003, 332, obs. Leguevaques

mesure qui concerne directement la dette garantie par la caution. Ils révèlent également une forme d'inapplication identique de la théorie de l'accessoire, dans la mesure où la caution est tenue de payer ce que devait initialement le débiteur avant sa décharge⁹⁴⁵. Néanmoins, ces observations mettent en relief une question sous-jacente à la problématique précédemment indiquée⁹⁴⁶ qui consiste à savoir si l'application de la théorie de l'accessoire implique davantage un alignement de la situation de la caution sur celle du débiteur principal, comme cela est généralement évoqué dans la doctrine, de sorte que la disparition de celui-ci du rapport fondamental entraîne la décharge de la caution et donc un traitement moins rigoureux de celle-ci. Ou alors, si sa situation est liée à celle de la dette du débiteur principal, comme semble le suggérer l'article 2313 du code civil, de sorte que la caution ne peut être déchargée tant que l'obligation principale existe quand bien même le débiteur en serait déchargé⁹⁴⁷. La caution serait alors plus rigoureusement traitée que le débiteur principal.

704. La présente étude révèle un traitement généralement rigoureux de la caution qui ne profite en principe, pour les raisons que l'on précisera, ni de l'extinction d'une partie ou de la totalité de la dette du débiteur principal, ni du retrait de celui-ci du rapport fondamental ou du changement de débiteur de l'obligation qu'elle garantit. .

705. La caution ne peut se prévaloir de l'arrêt des poursuites contre le débiteur principal, de l'interdiction des paiements, des délais de paiement accordés au débiteur. Elle ne peut davantage prétendre bénéficier de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre du plan et du concordat à la caution (section 1), ou de la décharge du débiteur consécutive à la transmission des échéances de remboursement du prêt au cessionnaire (section 2).

Section 1. La caution et la remise de dette consentie au débiteur

706. Considérée comme un mode d'extinction d'obligation en droit commun, ainsi que nous l'indiquions, la remise de dette apparaît davantage dans les procédures collectives comme *in fine* un moyen de paiement de certains créanciers par les tiers dont la caution. Il est demandé à cette dernière de payer une créance alors qu'une remise de dette a été accordée par le créancier au

⁹⁴⁵ V. en ce sens, Pothier, *op. cit.* n° 377.

⁹⁴⁶ V. *supra* n° 43

⁹⁴⁷ Se pose également le problème du caractère *intuitu personae* du cautionnement dans la mesure où la caution s'engage à garantir la dette d'un débiteur particulièrement et non d'un autre débiteur.

débiteur pour lui permettre de sortir de ses difficultés. Ce traitement distinct du débiteur principal, et de la caution est naturellement contraire à l'adage *accessorium sequitur principale*, pilier de l'édifice de la règle de l'accessoire. Celle-ci implique notamment que la caution ne peut être traitée à des conditions plus onéreuses que le débiteur principal aussi bien en droit français⁹⁴⁸ qu'en droit OHADA⁹⁴⁹.

C'est la raison pour laquelle en droit commun les deux législateurs décident que la remise de dette consentie au débiteur principal profite à la caution, ce qui permet d'éviter que la caution paye une dette qui n'existe plus pour le débiteur, et une créance dont en principe le créancier ne veut plus. Or, dans le cadre des procédures collectives, il apparaît qu'en principe la remise de dette consentie au débiteur principal dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, de sauvegarde et de règlement préventif ne peut profiter en principe à la caution. Autrement dit, l'effet extinctif traditionnel de la remise de dette peut être paralysé dans les procédures de sauvegarde, de règlement préventif et de redressement judiciaire notamment à l'égard de la caution.

707. Toutefois, il y a lieu d'observer que ce principe de traitement *in duriolem causam* de la caution n'est pas absolu, sa mise en œuvre dans la sauvegarde en droit français et le règlement préventif en droit OHADA fait apparaître des aménagements partagés par les deux systèmes de droit (Paragraphe 2) en même temps qu'il s'applique dans sa rigueur dans le cadre du redressement judiciaire (Paragraphe 1).

Paragraphe 1. La caution et la remise de dette dans le redressement judiciaire

708. En droit français, comme en droit OHADA, la caution reçoit du législateur un traitement plus rigoureux lorsqu'une procédure de redressement judiciaire est ouverte à l'encontre le débiteur, en ce sens qu'elle ne profite pas, en principe, des avantages accordés à ce dernier⁹⁵⁰. Néanmoins, si la mise en œuvre de ce principe semble être homogène dans les deux systèmes de droit (B), son fondement y est relativement partagé (A).

⁹⁴⁸ Art. 2290 C. civ. (anc. art. 2013).

⁹⁴⁹ Art. 17 al. 3 AUS (anc. art. 7).

⁹⁵⁰ V. en ce sens M. Cottet, *op. cit.* n° 330.

A. Le fondement relativement partagé en droit français et en droit OHADA

709. En droit français comme en droit OHADA, la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre du redressement judiciaire ne présente pas des caractéristiques de nature à permettre à la caution de s'en prévaloir. Contrairement aux dispositions de l'article 1350-2 du code civil et de l'article 36 alinéa 1 AUS, la caution ne peut se prévaloir de la remise de dette prévue dans le plan de redressement ou le concordat de redressement, car celle-ci semble être exclusivement personnelle au débiteur. Dès lors, on examinera successivement la justification par le caractère personnel de la remise de dette (I) et la justification par la nature contractuelle de la remise de dette (II).

I. La justification par le caractère personnel de la remise de dette

710. Par l'expression « modalité exclusivement personnelle au débiteur » il faut entendre une mesure de faveur dont bénéficie le débiteur et qui ne peut profiter à la caution, car celle-ci est exclue du champ d'application de cette mesure par le législateur. Elle constitue, au regard de la distinction traditionnelle et controversée⁹⁵¹ des exceptions *rei coherentes* et celles *rei personae*⁹⁵², une exception purement personnelle *a posteriori* dans la mesure où la caution ne peut s'en prévaloir. Il en est ainsi de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre du plan de sauvegarde⁹⁵³ et du plan de redressement judiciaire⁹⁵⁴ en droit français ou de la remise de dette issue du concordat préventif⁹⁵⁵ et du concordat de redressement judiciaire⁹⁵⁶ en droit OHADA.

⁹⁵¹ Critique modérée : M. Cottet, *op. cit.* n° 297, pour l'auteur la distinction entre exceptions inhérentes à la dette et celles purement personnelles au débiteur n'est pas « nécessairement inappropriée ». Critique âpre : D. Grimaud, *op. cit.* n° 177 s. l'auteur, ainsi que l'indique M. Cotte (*ibidem.*), « dénonce à la fois l'approximation sémantique de la distinction légale et ses imprécisions notionnelles ».

⁹⁵² V. *supra* n° 43 et 44 ; V. également M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 139.

⁹⁵³ Art. L. 626-11 C. com. : cette inopposabilité de la remise de dette est toutefois relative dans la mesure où ce principe est assorti d'une exception lorsque la caution est une personne physique. L'alinéa 2 de cet article dispose que les garants personnes physiques peuvent se prévaloir de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre du plan de sauvegarde pour inciter le dirigeant garant à solliciter le plus rapidement l'ouverture de la sauvegarde plutôt que celle du redressement judiciaire dans laquelle cette exception n'existe pas.

⁹⁵⁴ Art. L. 631-20 C. com.

⁹⁵⁵ Art. 18 al. 1 et 3 AUPC.

⁹⁵⁶ Art. 134 al. 5 AUPC.

711. Le point commun de ces remises est qu'elles contribuent à l'effort de redressement et de survie du débiteur. En effet, la remise de dette qui est accordée au débiteur a pour but de le libérer de son obligation de paiement afin qu'il soit en mesure de payer ce qu'il doit à ses créanciers. L'idée consiste à considérer qu'en maintenant toute la dette, le débiteur ne pourra pas payer tous ses créanciers, car son actif est supposé être inférieur à son passif. Par conséquent, si les créanciers veulent recouvrer leur créance, il serait dans leur intérêt de consentir des remises de dette ou des délais de paiement à leur débiteur. Ne dit-on pas, comme le relève un auteur⁹⁵⁷, qu'« un tien vaut mieux que deux tu l'auras »⁹⁵⁸. On n'est pas bien loin de la conception romaine de la remise de dette qui se caractérisait par la pratique de l'acceptilation⁹⁵⁹ faite pour *dotis causa*⁹⁶⁰.

712. Il faut en déduire que la remise de dette consentie au débiteur dans la sauvegarde, le règlement préventif et le redressement judiciaire ne se caractérise pas par l'extinction de la dette, mais par le but qu'elle poursuit. En effet, bien qu'elle porte sur la dette⁹⁶¹, la remise de dette

⁹⁵⁷ Ph. Malaury, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1171.

⁹⁵⁸ La situation du débiteur ne lui permettant pas d'effectuer le paiement total de sa dette, il est conseillé aux créanciers de lui accorder des remises partielles, car ils ont plus de chances de recevoir le paiement d'une partie de leur créance que la totalité.

⁹⁵⁹ H. Devals, *De la remise de dette en droit romain et en droit français*, Th. Toulouse, 1865, typographie de Bonnal et Gibrac, p. 10 et 11 : l'auteur définit l'acceptilation comme « un mode d'extinction des obligations, consistant tout à la fois dans une interrogation et une réponse, interrogation du débiteur qui demande au créancier s'il tient pour reçu ce qui lui est dû et réponse affirmative de la part du créancier ».

⁹⁶⁰ *Dotis causa* : expression latine qui signifie pour cause de dot. Pour schématiser, dans cette pratique de l'acceptilation, lorsque le futur époux s'est rendu débiteur à l'égard de sa future épouse, il était communément admis que cette dernière renonce à son droit de créance afin de permettre à son débiteur (futur époux) de la doter (P.Ph. Albert Toubin, *De l'acceptilation en droit romain, de la remise de dette en droit français*, Th. Paris, 1869, p. 15). Tout comme l'acceptilation classique, l'acceptilation *dotis causa* déchargeait le débiteur de son obligation vis-à-vis du créancier, encore fallait-il déterminer le moment de cette décharge. Pour plusieurs auteurs, cette décharge ne pouvait intervenir tant que le mariage n'avait eu lieu. C'est d'ailleurs en ce sens que la doctrine qualifiait cette pratique d'« acceptilation conditionnelle » car elle n'était parfaite qu'à partir du moment où le mariage avait été célébré (V. en ce sens, Ph. Albert Toubin, *op. cit.* p. 16 s.). En réalité, ce qui comptait dans cette pratique, ce n'était pas la volonté du créancier de libérer le débiteur, car celle-ci était réelle, mais la célébration d'un mariage. Le créancier acceptait de renoncer à sa créance à condition que le débiteur l'épouse. A l'inverse, on ne peut pas s'empêcher de penser que le débiteur acceptait également d'épouser sa créancière pour être libéré de son engagement. A tout le moins, on peut considérer que la situation n'aurait pas été la même si le débiteur avait été en mesure d'honorer son engagement sans difficulté. Dans ce cas, cette acceptilation particulière aboutissait à une extinction de l'obligation, ce qui rapprochait les deux formes de cette pratique du droit romain.

⁹⁶¹ Droit OHADA : dans le cadre du droit commun du cautionnement, l'article 29 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés⁹⁶¹ dispose que la caution peut se prévaloir de toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur et qui portent sur la dette c'est-à-dire qui, soit la réduisent, soit l'éteignent ou la diffèrent. De ce point de vue, la remise de dette constitue une exception inhérente à la dette tant elle a pour effet d'éteindre la dette du débiteur principal.

constitue d'abord une mesure de faveur pour le débiteur et pour lui seul⁹⁶². C'est en considération de sa situation personnelle et pour son seul intérêt qu'une remise de dette lui est consentie, il devrait en être le seul bénéficiaire.

713. Le caractère personnel de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre du plan et du concordat poursuit le même objectif que les délais de paiement accordés au débiteur de façon générale : les deux mécanismes allègent la dette du débiteur, de sorte que dans la pratique les délais de paiement constituent une alternative à la remise de dette⁹⁶³. De ce point de vue, comme les délais de paiement, à l'exemple des délais moratoires, la remise de dette profite à la personne du débiteur « en raison de circonstances rendant difficile, voire impossible l'exécution de ses obligations »⁹⁶⁴.

714. Cette affirmation semble être soutenue par la jurisprudence de la Cour de cassation lorsqu'elle considère que la caution ne peut se prévaloir des remises de dette et des délais de paiement consentis au débiteur dans le cadre du redressement judiciaire car elles participent de la nature judiciaire du plan⁹⁶⁵. Or, la principale caractéristique d'une décharge dite judiciaire est qu'elle est personnelle à son débiteur de sorte qu'elle ne peut profiter à la caution. Par conséquent, il convient de considérer la remise de dette comme une mesure judiciaire par destination⁹⁶⁶, tant le contexte dans lequel elle est consentie est différent de celui déterminé par l'ancien article 1287 du code civil⁹⁶⁷, il implique de lui reconnaître un caractère exclusivement

⁹⁶² S'il fallait simplement considérer son effet extinctif, elle s'appliquerait sans doute à la caution comme en droit commun sur le fondement de l'article 1350-2, mais aussi de l'article 2313 alinéa 1 du code civil.

⁹⁶³ N. Picod, La remise de dette en droit privé, *op. cit.* n° 479.

⁹⁶⁴ J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, Traité de droit civil. Le régime des créances et des dettes, LGDJ, 2005, n° 610 (à propos des délais moratoires) ; Ph. Malaury, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1124 (à propos des délais de grâce).

⁹⁶⁵ En matière de surendettement : Com. 17 nov. 1992, D. 1993. 41, note D. Vidal (en matière de plan de redressement élaboré par la commission de surendettement et décidé par le juge, faute d'accord des créanciers); Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, D. 1998, D. 1998, 421, concl. J. Sainte-Rose ; JCP 1998. II, 10117, note S. Piédelièvre ; J.B. Seube, *op. cit.* n° 130.

⁹⁶⁶ Le caractère volontaire ou conventionnel de la remise de dette importe peu ici, ce qui compte c'est le contexte particulier des procédures collectives dans lequel elle est accordée. C'est en ce sens que la jurisprudence française décide que « malgré leur caractère volontaire, les mesures consenties par les créanciers dans le plan conventionnel de règlement (amiable) ne constituent pas, eu égard à la finalité d'un tel plan, une remise de dette au sens de l'(ancien) article 1287 » (Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996, D. 1997, 141, concl. J. Sainte-Rose ; Defrénois 1997. 292, note L. Aynès ; Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, RTD civ. 1998. 422, obs. P. Crocq).

⁹⁶⁷ La remise de dette consentie dans le contexte particulier des procédures collectives revêt naturellement un caractère particulier qui tantôt la rapproche du sens du droit commun (procédure de conciliation), tantôt l'en éloigne (redressement judiciaire). D'où son régime disparate selon qu'il s'agit d'une procédure préventive ou de la procédure de redressement judiciaire. En d'autres termes, l'idée qu'il convient de retenir est que tous les principes qui irriguent le droit commun du cautionnement ne peuvent être directement transposés dans le droit des procédures collectives

personnel. Cela s'explique notamment par le fait que l'inopposabilité d'une décharge judiciaire suppose traditionnellement une mesure individuelle qui « ne profite qu'au débiteur, car c'est à sa personne qu'elle se destine et c'est en considération de sa situation particulière que, pour l'essentiel, elle se décide »⁹⁶⁸.

715. Fausse remise de dette ou remise de dette sans intention du créancier de perdre la somme remise⁹⁶⁹, celle-ci est consentie depuis toujours à la personne du débiteur qui ne peut rembourser sa dette⁹⁷⁰ du fait de son insolvabilité. Au-delà de ce caractère personnel de la remise de dette, qui peut paraître insuffisant du fait qu'on ne peut totalement exclure qu'elle vise l'extinction de la dette, celle-ci constitue également un contrat inopposable à la caution.

tant le contexte des difficultés du débiteur que les solutions qui y sont apportées sont particuliers. Ainsi, de la même façon, la difficulté à transposer la distinction civiliste entre caution simple et caution solidaire montre combien il est nécessaire d'adapter ces questions aux particularités que présente le droit des procédures collectives. Une très grande rigidité dans l'application des principes de droit commun n'est pas toujours propice à l'efficacité des solutions mises à la disposition du débiteur en difficulté. De même, une approche mécanique de la remise de dette au sens du droit commun n'est pas possible dans toutes les procédures pour des raisons qui peuvent être éventuellement juridiques. V. en ce sens M. Cottet, Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé, péf. Judith Rochfeld, LGDJ 2013, n° 230, p. 213, l'auteur indique, parlant du régime des remises consenties au débiteur dans le cadre d'un redressement judiciaire, que « leur régime est partiellement dicté par des impératifs spécifiques au droit des procédures collectives ». *Contra* M. Cabrillac et C. Mouly, *op.cit.* éd. 2015, n° 348, qualifiant ces remises de « fausses remises » du fait du contexte particulier des procédures collectives.

⁹⁶⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1124.

⁹⁶⁹ Dans les rapports entre la caution et le créancier on peut assimiler la remise de dette à une réserve de poursuites contre la caution bien qu'elle soit implicite. Dans la pratique, elle se manifestait par une clause de réserve de poursuites jadis admise pour ce qui concerne la caution solidaire (Req. 30 mars 1869, DP. 1869.1.512; S. 1869.1.343; Req. 7 janv. 1889, DP 1890. 1. 42; S. 1892. 1. 372. Revirement : CA Paris 30 oct. 1963, D. 1964, somm. 13). Une partie de la doctrine avait naturellement dénoncé le vice, voire l'hypocrisie d'une telle pratique dès lors que le créancier se donne le beau rôle « de faire un cadeau au débiteur principal tout en conservant le droit au paiement contre un autre obligé à la dette (la caution) » (M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.* n° 347. V. également en ce sens Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.* n° 6 lesquels contestent l'efficacité de telles remises ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 591 (éd. 2015) ; D. Houtcieff, *op. cit.* n° 201). Il s'agirait ainsi du retour et de la consécration dans le droit des procédures collectives d'une solution jadis applicable en droit français ; V. également dans le cadre du surendettement : P. Crocq, Droit des sûretés, D. 2011, Pan. 409 ; Ph. Simler, *op. cit.* n° 748, p. 754 arr. cités par l'auteur note bas de page n° 268 (Civ.1^{ère}, 15 juill. 1999 : JurisData n° 1999-002906 ; Bull. civ. 1999, I, n° 248 ; JCP G 1999, II, 10196, note Piedelièvre ; JCP E 1999, p. 1925, note D. Legeais ; D. 2000, p. 589, note Philippe ; RTD civ. 1999, p.877, obs. P. Crocq ; RTD com. 1999, p. 993, obs. Paisant. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. civ. 2000, I, n° 107 ; JCP G 2000, IV, 1867 ; D. 2001, somm. p. 699, obs. Aynès : il a été jugé que le débiteur principal poursuivi par la caution personne physique qui a payé en ses lieu et place ne pouvait lui opposer sa remise de dette; *contra* : CA Paris 30 oct. 1963, D. 1964, somm. 13 (en droit commun du cautionnement : depuis le revirement jurisprudentiel rejet de la possibilité pour le créancier de réserver ses droits contre la caution).

⁹⁷⁰ Bible : Luc 7 :41 à 42 : « Quelqu'un a prêté de l'argent à deux hommes. (...), mais ils ne peuvent pas rembourser. Alors celui qui a prêté l'argent supprime leur dette à tous les deux ».

II. La justification par la nature contractuelle de la remise de dette

716. La remise de dette telle que définie dans le code civil depuis l'ordonnance du 10 février 2016⁹⁷¹ est un contrat qui lie le débiteur au créancier. Ce dernier consent à libérer le débiteur de son engagement, ce qui signifie que le créancier renonce à recevoir la prestation due par le débiteur⁹⁷². Cette nature contractuelle clairement définie par le législateur français n'est pas consacrée de la même façon dans les différents Etats membres de l'OHADA, à l'exception du Mali qui consacre une définition de la remise de dette qui, bien qu'elle ne soit pas aussi simple et claire que la définition du droit français, a le mérite d'exister. Le code malien des obligations définit la remise de dette comme une libération, c'est-à-dire une décharge volontaire du débiteur. Ce qui rappelle les dispositions de l'article 1282 et suivants du code civil français dans sa version antérieure à l'ordonnance de 2016.

717. Toutefois, le projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA semble rapprocher le droit OHADA des dispositions de l'article 1350 du code civil français. En effet, tout comme cet article, les articles 21 et 508 et suivants de ce projet de réforme suggèrent de définir la remise de dette comme un contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation. Néanmoins, si les termes expressément utilisés dans ce projet ne sont pas les mêmes qu'en droit français, le caractère contractuel de la remise de dette y est clairement consacré. Dès lors, il convient d'envisager la remise de dette comme un contrat (a) dont la caution est un tiers (b). Ce qui implique qu'il ne peut avoir d'effets extinctif à son égard (c).

a. La nature contractuelle de la remise de dette

718. Dans la Bible, comme en droit romain, la description et l'analyse de la remise de dette, selon le nom sous lequel elle était désignée, pouvaient laisser entendre que celle-ci était un acte unilatéral du créancier en vue de libérer le débiteur. Ce qui aurait impliqué que la volonté du débiteur ne soit pas nécessaire à sa libération, d'autant plus qu'elle est faite à son profit⁹⁷³. A cet égard, la codification de la remise de dette en droit français a levé tout doute ou confusion sur sa

⁹⁷¹ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016.

⁹⁷² N. Picod, *op. cit.* n° 11.

⁹⁷³ *contra* : H.L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.* n°1195, p. 1232

nature. Il s'est d'abord agi, avant l'ordonnance du 10 février 2016⁹⁷⁴, de considérer la remise de dette d'une part, comme une convention c'est-à-dire comme un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, *verbis* ou *litteris*, destiné à produire des effets de droit quels qu'ils soient. Par exemple, l'ancien article 1285 du code civil⁹⁷⁵ considérait la remise de dette comme une « décharge conventionnelle » si bien qu'on a souvent opposé la remise conventionnelle à la remise judiciaire.

719. Parallèlement, la convention était considérée comme un synonyme du terme « contrat », à tel point que ces deux termes étaient utilisés indifféremment et la doctrine majoritaire indiquait aussitôt que le contrat constituait en réalité une variante de la convention. Ce qui pouvait constituer une sorte de dogme en ce sens que la convention est un ensemble plus vaste dans lequel on pouvait ranger le contrat si bien que le premier était considéré comme le genre et le second une espèce. Dès lors, fallait-il considérer le contrat comme une convention qui a pour but de créer une obligation conformément aux dispositions de l'ancien article 1101 du code civil⁹⁷⁶.

720. C'est dans ce contexte que la remise de dette était appréhendée à la fois comme un contrat et comme une convention⁹⁷⁷, mais depuis l'ordonnance de 2016 qui a supprimé la référence à la convention dans la réglementation de la remise de dette, il convient de considérer celle-ci purement et simplement comme un contrat⁹⁷⁸. Ce changement formel impose que l'on emploie davantage la notion de contrat, non pas parce que dans la pratique elle implique un changement radical et des effets nouveaux pour la caution, mais pour des raisons pédagogiques et d'harmonie⁹⁷⁹.

⁹⁷⁴ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016.

⁹⁷⁵ Art. 1285 C. civ. (devenu art. 1350).

⁹⁷⁶ V. en ce sens les dév. de N. Picod, *op. cit.* n° 53, p. 44 et note bas de page n° 256 ; C. François, Présentation des articles 1101 à 1111-1 du nouveau chapitre 1 “Dispositions liminaires”, La réforme du droit des contrats présentée par l'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap1-dispositions-liminaires/> [consulté le 27/05/2017].

⁹⁷⁷ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.* n° 1195; La remise de dette ayant pour effet d'éteindre la dette, la cohérence suggérerait qu'elle soit considérée comme une convention car le contrat n'était qu'une variante de celle-ci.

⁹⁷⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 435, p. 234.

⁹⁷⁹ Il y a lieu d'indiquer que, si avant la récente réforme du droit des obligations, la doctrine préférait le terme convention plutôt que celui de contrat pour désigner la remise de dette, c'est d'abord parce que l'ancien article 1285 alinéa 1 du code civil employait expressément le terme de convention, le législateur considérant que seule une remise conventionnelle pouvait libérer le débiteur et accessoirement la caution (Anc. art. 1287 al. 1 devenu art. 1350-2 al. 1 C. civ.).

721. Aussi, cela se justifie par le fait que cette dernière, selon un auteur, a pour objet d'éteindre l'obligation et non pas d'en créer⁹⁸⁰. En revanche, si cet argument était pleinement valable avant la récente réforme, il l'est moins aujourd'hui car le contenu du contrat s'est désormais élargi. Le nouvel article 1101 ne limite plus le contrat à la simple création d'obligation⁹⁸¹, il précise que le contrat permet désormais, en outre, la modification, la transmission et l'extinction de l'obligation. La remise de dette entre dans ce nouveau champ du contrat, terme qui paraît sûrement plus approprié aujourd'hui que par le passé⁹⁸².

722. Par ailleurs, il convient d'observer que l'exégèse du nouvel article 1350 du code civil permet de déduire que, bien que la remise de dette soit un accord de volonté, elle constitue un contrat unilatéral comme peut l'être *mutatis mutandis* le cautionnement en ce sens qu'une seule des parties est réellement engagée : le créancier s'engage unilatéralement à libérer le débiteur qui l'accepte. Il ne s'agit donc pas d'un contrat synallagmatique. Il faut donc en déduire qu'en l'absence de la volonté du créancier de libérer le débiteur, la remise de dette ne produit pas d'effet libératoire.

723. Cependant, il y a lieu de se demander si cette nouvelle terminologie de la remise de dette autorise désormais l'interprète à écarter le caractère conventionnel de la remise de dette. Si sémantiquement le nouveau dispositif du droit des obligations implique la suppression de l'assimilation entre le contrat et la convention car le premier n'est plus défini en référence au second, il n'en demeure pas moins que, dans la pratique, cette assimilation ne sera probablement pas abandonnée. La pratique aura le choix entre les deux notions. Cette fois-ci, s'agira-t-il davantage du contrat ?

724. Dans tous les cas, on ne peut s'empêcher de considérer que les nouvelles dispositions de l'article 1350 du nouveau code civil français devraient avoir un effet positif sur le droit interne des Etats membres de l'OHADA dans lesquels les dispositions du code civil de 1804 s'appliquent

⁹⁸⁰ Fabre-Magnan, Droit des obligations, PUF, coll. Thémis, t. 1, contrat et engagement unilatéral, 2^e éd., 2010, n° 67 cité par N. Picod, *op. cit.* n° 53.

⁹⁸¹ Il résultait de l'ancien article 1101 du code civil que le contrat avait pour principal objet de créer les obligations à l'égard des parties et non pas de les éteindre. Par conséquent, une partie de la doctrine en déduisait logiquement que la remise de dette ayant pour objet d'éteindre l'obligation du débiteur, il était judicieux de la qualifier de convention.

⁹⁸² V. en ce sens N. Picod, *op. cit.* n° 53 : l'auteur trouvait le terme de contrat de remise moins approprié que celui de convention de remise. Ce qui paraissait logique à cette époque la remise, tout comme le contrat, étant légalement assimilée à une convention.

encore⁹⁸³. L'avant-projet de réforme de l'acte uniforme OHADA sur le droit des contrats ne semble pas aller à l'encontre de celles-ci.

725. Tout comme les dispositions du code Napoléon, dans sa rédaction issue de la réforme de 2016, le projet de texte uniforme portant droit général des obligations, dans l'espace OHADA⁹⁸⁴, suggère la consécration de la nature contractuelle de la définition de la remise de dette⁹⁸⁵. L'article 508 de ce projet définit la remise de dette comme « la convention par laquelle le créancier libère totalement ou partiellement le débiteur de son obligation avec l'accord, exprès ou tacite, de celui-ci »⁹⁸⁶. Quant à l'article 21 du même texte, il définit le contrat comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à accomplir une prestation », de sorte que les notions de contrat et de convention sont attachées à celle de remise de dette.

726. A cet effet, il faut considérer que les changements précédemment évoqués⁹⁸⁷ ne devraient pas bouleverser la pratique de la remise de dette dans l'espace OHADA. Par exemple, la définition consacrée en droit français renforcera celle retenue par la « doctrine » communautaire de telle sorte que la remise de dette sera toujours considérée comme un accord de volonté entre le créancier et le débiteur afin d'éteindre la dette de ce dernier. La caution qui n'exprime pas sa volonté dans ce rapport contractuel serait alors considéré comme un tiers.

b. La caution, un tiers au contrat de remise de dette

727. La question de l'application ou de l'opposabilité du contrat de remise de dette aux tiers en général et à la caution en particulier apparaît comme une évidence tant le principe de la force obligatoire et celui de l'effet relatif du contrat supposent que celui-ci ne produit d'effets qu'à l'égard de ceux qui s'y sont engagés⁹⁸⁸. Le contrat ne produit pas en principe d'effets à l'égard

⁹⁸³ Seuls le Sénégal (L. n° 1976-60 du 12 juin 1976 portant code des obligations civiles et commerciales- www.droit-afrique.com) et le Mali (L. n° 1987-31 AN-RM du 29 juin 1987 portant code des obligations- www.droit-afrique.com) disposent de codes civils nationaux.

⁹⁸⁴ J. Issa Sayeg, P.G. Pougoue et F.M. Sawadogo, *Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA* in Fondation pour le droit continental, doss. de travail, 15 avr. 2015.

⁹⁸⁵ *Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA* : art. 508 s.

⁹⁸⁶ Ce texte est à rapprocher de l'article 213 alinéa 1 du code malien des obligations, en ce sens qu'il fait un effort de définition de la remise de dette (« la remise de dette est la libération accordée volontairement par le créancier à son débiteur qui l'accepte »). Ce qui était déjà mieux que les dispositions des articles 1282 s. C. civ.

⁹⁸⁷ *V. supra* n° 718 s.

⁹⁸⁸ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*

des tiers, même si ces derniers ne peuvent l'ignorer. De ce point de vue, on pourrait considérer que le contrat de remise de dette ne produit d'effets qu'à l'égard du créancier qui s'est engagé à libérer le débiteur et à l'égard de ce dernier qui a accepté d'être déchargé de son obligation. Par conséquent, la caution qui n'a pas participé à la formation de ce contrat ne pourrait théoriquement s'en prévaloir conformément à l'article 1199 du code civil.

Certes, la notion de tiers paraît assez équivoque⁹⁸⁹, il n'en demeure pas moins vrai que le créancier s'engage à libérer le débiteur et lui seul et non la caution qui, de plus, s'est engagée à exécuter l'obligation de celui-ci s'il était défaillant. A moins qu'elle ne soit en même temps dirigeant de l'entreprise en difficulté et à moins que le créancier ne lui consente une remise personnelle, la caution n'est pas partie au contrat de remise de dette issu du plan ou du concordat.

728. Par ailleurs, les théories relatives aux caractéristiques de l'obligation⁹⁹⁰ peuvent également justifier l'inopposabilité de la remise de dette à la caution. En effet, partant du postulat selon lequel le droit français adopte une conception moniste ou subjective de l'obligation qui permet de considérer celle-ci comme un lien unique entre deux personnes, le créancier et le débiteur, la remise de dette ne peut profiter à la caution. Le créancier doit une prestation au débiteur et non à la caution, à laquelle il est également lié par un autre contrat. Celle-ci s'étant engagée envers le créancier⁹⁹¹, elle ne peut être libérée que si le créancier consent à la décharger de son engagement unilatéral. C'est notamment ce que prévoyait l'ancien article 1287 alinéa 2 devenu article 1350-2 alinéa 2 du code civil, de sorte que la décharge de la caution ne profite pas au débiteur.

729. En outre, bien que cette justification soit contraire à la théorie de l'accessoire, pourtant consacrée en droit commun⁹⁹², elle traduit la réalité des procédures collectives qui tend parfois à favoriser la finalité du cautionnement pour mieux garantir les chances de redressement du débiteur. C'est la raison pour laquelle durant l'exécution du plan ou du concordat nécessaire à la réalisation d'un tel objectif, il semble difficile à la caution qui a payé, nonobstant la remise de dette accordée au débiteur, d'exercer son recours personnel contre le débiteur. Dans la mesure où rien n'interdit au créancier, qui a remis sa créance au débiteur, de réclamer son paiement à la

⁹⁸⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 434 et 435.

⁹⁹⁰ S. Prigent, *op. cit.* p. 401 s.

⁹⁹¹ Art. 2288 C. civ. (anc. art. 2011).

⁹⁹² Art. 1350-2 al. 2 C. civ.

caution *in bonis* durant la période d'exécution du plan ou du concordat, les législateurs français et OHADA semblent retenir la qualité de tiers, de la caution, au contrat de remise de dette.

c. La remise de dette issue du plan ou du concordat, un contrat sans effet extinctif pour la caution

730. En droit commun du cautionnement, la remise de dette est une forme d'extinction de la dette du débiteur principal sans satisfaction du créancier comme nous le soulignons déjà. Néanmoins, à partir du moment où dans le droit des procédures collectives la remise de dette permet toujours au créancier de réclamer celle-ci à la caution on en déduit naturellement qu'il n'a pas renoncé à recevoir la prestation qui lui est due. En d'autres termes, lorsque le créancier consent une remise de dette au débiteur à l'encontre duquel une procédure de redressement judiciaire est ouverte, il conserve son droit de créance sur la caution. Ce qui se justifie théoriquement par la théorie des obligations. En effet, dans celle-ci, il est traditionnellement admis que le droit de créance dont dispose le créancier sur le débiteur est constitué d'un droit de contrainte désigné par les notions de *haftung* en droit allemand et *obligatio* en droit romain et d'un droit substantiel désigné par le *schuld* en droit allemand et *debitum* en droit romain.

731. De ce point de vue, la remise de dette consentie dans le cadre du plan de redressement judiciaire ou du concordat de redressement ne concerne que la remise du droit de contrainte. On suppose qu'elle ne porte pas sur le *debitum*. Autrement dit, le créancier n'a pas eu l'intention de renoncer à sa créance de telle sorte que le *schuld* ou le *debitum* demeure. Or, l'obligation garantie par la caution n'est rien d'autre que le *debitum*. Par conséquent, elle ne saurait décharger la caution d'une remise consentie au débiteur. Doit-on pour autant en conclure que le créancier en abandonnant la créance qu'il détient sur le débiteur principal a en réalité réservé ses poursuites contre la caution ?

732. Il convient d'observer qu'il est difficile de déterminer la réelle intention du créancier durant la mise en place du plan ou du concordat tant les circonstances de la procédure collective font qu'il dispose moins de liberté du fait de la restriction de ses choix⁹⁹³. Aussi, doit-on considérer

⁹⁹³ De façon générale dans les procédures collectives, il est traditionnellement contesté au créancier sa liberté de contracter au motif que le législateur ne lui laisse pas d'autres choix que de transiger avec le débiteur. Mais en même temps on ne peut pas totalement remettre en cause sa liberté car il dispose de plusieurs options dans le choix des mesures ou avantages qu'il entend accorder au débiteur pour lui permettre de se redresser. Ainsi, à défaut de remise, il peut tout à fait consentir les délais de paiement au débiteur, ou des remises partielles sur les intérêts générés par sa

que, dans ces circonstances particulières, le créancier a voulu maintenir son droit de créance contre la caution. En effet, à la différence d'un abandon de créance effectué par un créancier chirographaire qui est conscient qu'il ne pourra plus se faire payer, le créancier prudent, ayant garanti sa créance par un cautionnement, espère pouvoir utiliser cette garantie pour recouvrer au moins une partie de sa créance. Dès lors, dans les rapports caution/créancier, on peut assimiler la remise de dette à une réserve de poursuites contre la caution bien qu'elle soit implicite. Dans la pratique, elle se manifestait par une clause de réserve de poursuites jadis admise pour ce qui concerne la caution solidaire⁹⁹⁴.

733. Une partie de la doctrine avait naturellement dénoncé le vice, voire l'hypocrisie, d'une telle pratique, dès lors que le créancier se donne le beau rôle « de faire un cadeau au débiteur principal tout en conservant le droit au paiement contre un autre obligé à la dette (la caution) »⁹⁹⁵. Il s'agirait ainsi du retour et de la consécration dans le droit des procédures collectives d'une solution jadis applicable en droit français.

734. Cependant, cette solution doit être appréciée en tenant compte de la situation d'un débiteur qui a cessé ses paiements. La doctrine considère que la remise de dette n'est qu'un « aménagement de la défaillance du débiteur constatée à travers la cessation de paiements et l'ouverture de la procédure ». Ceci implique notamment, sur le fondement de la fonction économique du cautionnement, que la caution soit appelée en garantie. Par conséquent, ne doit-on pas soutenir que la remise de dette ne libère finalement pas le débiteur principal qui peut être poursuivi par la caution non déchargée et qui a honoré son engagement ? Si la remise de dette éteint l'obligation principale et non l'obligation de la caution, n'existe-t-il pas le risque que celle-ci exerce un recours contre le débiteur ?

735. Cette inquiétude, sous forme interrogative, n'est plus d'actualité, en droit commun du cautionnement, depuis le revirement jurisprudentiel rejetant la possibilité pour le créancier de réserver ses droits contre la caution⁹⁹⁶. Il en est différemment dans les procédures collectives,

créance (Nancy, 1^{er} mars 1982) sans qu'il ne perde sa créance principale. En abandonnant sa créance au débiteur, il fait le choix de ne pas accorder des délais de paiement qui n'éteignent pas sa créance.

⁹⁹⁴ Req. 30 mars 1869, DP. 1869.1.512; S. 1869.1. 343 ; Req. 7 janv. 1889, DP 1890. 1. 42 ; S. 1892. 1. 372. Revirement : CA Paris 30 oct. 1963, préc. *supra* note 964.

⁹⁹⁵ M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.* n° 347. V. également en ce sens Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.* n° 6 lesquels contestent l'efficacité de telles remises; A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 201.

⁹⁹⁶ CA Paris 30 oct. 1963, *préc. supra* note 964.

d'autant que, contrairement au débiteur, il n'est pas interdit à la caution de payer le créancier. Aussi, la possibilité pour la caution de poursuivre le débiteur n'est-elle pas exclue.

737. Cependant, d'un tout autre point de vue, lorsque le créancier consent une remise de dette au débiteur et que malgré tout il met ultérieurement en œuvre le cautionnement, deux observations se s'imposent eu égard à la conception dualiste de l'obligation⁹⁹⁷. D'abord, cela pourrait s'expliquer par le fait que la remise de dette n'a atteint que le *schuld* de sorte que le créancier peut, disposant toujours du *haftung*, contraindre la caution au paiement de ce que doit le débiteur. En revanche, cette position serait contraire à l'article 2290 du code civil. Ensuite, cela impliquerait que la remise de dette n'éteint pas définitivement la créance du créancier remettant. Il aurait peut-être exprimé sa volonté de ne pas poursuivre le débiteur et non de renoncer à sa créance. Celle-ci demeure donc en dépit de la remise consentie au débiteur.

737. Cette solution semble avoir convaincu les juges de la Haute juridiction française. Dans un arrêt récent, en date du 10 janvier 2019⁹⁹⁸, la chambre commerciale de la Cour de cassation décide que l'obligation du débiteur subsisterait nonobstant l'effacement de la dette du débiteur principal. Or, tant que l'obligation du débiteur n'est pas éteinte, la caution reste tenue de celle-ci. Par conséquent, la caution ne peut se prévaloir de la remise de dette consentie au débiteur.

738. Au demeurant, le contrat de remise de dette consentie au débiteur dans le cadre du plan ou du concordat ne peut être opposé par la caution pour se décharger de son obligation de paiement. Dès lors, il paraît judicieux d'examiner la mise en œuvre de cette solution en droit français et en droit OHADA. Néanmoins, l'étude suggère de nuancer cet effet extinction traditionnel de la remise de dette lorsqu'elle est issue du plan ou du concordat.

739. Pour autant, le droit du surendettement des particuliers, il a notamment été jugé que le débiteur principal poursuivi par la caution personne physique, qui a payé en son lieu et place, ne pouvait lui opposer la remise de dette⁹⁹⁹. L'aggravation de l'engagement de la caution résulte de la technique de répartition du risque d'altération de la créance qui lui est défavorable dans les

⁹⁹⁷ S. Prigent, Le dualisme dans l'obligation, RTC civ. juill-sept. 2008, n° 4

⁹⁹⁸ Com. 10 janv. 2019, n°17-21.774 (surendettement des particuliers) ; égal. Civ. 2^e, 27 fév. 2014, n°13-10.891, Bull. civ. 2014. II. 59.

⁹⁹⁹ P. Crocq, Droit des sûretés, D. 2011, Pan. 409 ; V. également Ph. Simler, *op.cit.* n° 748, p. 754 arr. cités par l'auteur note bas de page n° 268 (Civ.1^{ère}, 15 juill. 1999 : JurisData n° 1999-002906 ; Bull. civ. 1999, I, n° 248 ; JCP G 1999, II, 10196, note Piedelièvre ; JCP E 1999, p. 1925, note D. Legeais ; D. 2000, p. 589, note Philippe ; RTD civ. 1999, p. 877, obs. P. Crocq ; RTD com. 1999, p. 993, obs. Paisant. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, Bull. civ. 2000, I, n° 107 ; JCP G 2000, IV, 1867 ; D. 2001, somm. P. 699, obs. Aynès.

procédures d'insolvabilité¹⁰⁰⁰. Et ce, nonobstant quelques réaménagements prévus par le législateur français et le législateur communautaire africain.

B. La mise en œuvre du principe dans le cadre du redressement judiciaire

740. L'exégèse des articles L. 631-20 du code de commerce, et 134 alinéa 5 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, signifie que la caution ne peut pas opposer aux créanciers poursuivant la remise de dette et les délais de paiement consentis par ces derniers au débiteur. Elle est tenue de payer la somme due par le débiteur, y compris les intérêts personnellement dus par la caution, sans tenir compte de la remise de dette faite auparavant. Il en est de même pour la caution personne morale dans le cadre du plan de sauvegarde ou du concordat préventif. C'est le principe retenu aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Néanmoins, deux situations doivent être distinguées : la mise en œuvre du principe d'inopposabilité de la remise de dette par la caution en cas d'exécution (I) et d'inexécution du plan ou du concordat de redressement (II).

I. Dans le cadre de l'exécution du plan ou du concordat de redressement

741. La mise en œuvre du cautionnement durant l'exécution du plan pose le problème de l'efficiencia de celui-ci. En effet, poursuivre la caution, qui peut-être le dirigeant de l'entreprise en difficulté, ne garantit pas la bonne exécution des dispositions du plan et par ricochet le redressement de l'entreprise. Exposer le dirigeant-caution aux poursuites du créancier, et à devoir un paiement d'un montant qui ne correspond pas à la nouvelle réalité de la dette du débiteur principal, crée le risque que le dirigeant-caution ne sollicite pas l'ouverture du redressement judiciaire et favorise plutôt la liquidation de son entreprise. Ce risque existe également sous une autre forme : la caution poursuivie qui paie le créancier peut se retourner contre le débiteur et fragiliser son redressement, d'autant plus que les législateurs français et le législateur OHADA n'interdisent pas à la caution qui a payé de poursuivre le débiteur.

742. Cependant, la doctrine est partagée sur la mise en œuvre des poursuites de la caution *solvens* contre le débiteur durant l'exécution du plan. Les observations précédemment formulées à propos

¹⁰⁰⁰ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1037 s.

des poursuites contre le débiteur durant l'exécution du plan¹⁰⁰¹ doivent être ici réitérées. Le paiement par la caution, nonobstant la remise de dette consentie au débiteur, révèle une décharge en trompe l'œil, car le créancier effacerait une dette qu'il réclamerait par la suite à la caution *in bonis*. Une situation regrettable, mais distincte en cas d'inexécution du plan ou du concordat.

II. Dans le cadre de l'inexécution du plan ou du concordat de redressement

743. Conformément aux dispositions de l'article L. 626-27 alinéa 2 du code de commerce et de l'article 139 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, la résolution du plan¹⁰⁰² ou du concordat de redressement permet aux créanciers de recouvrer l'intégralité de leurs droits¹⁰⁰³ et anéantit les mesures consenties au débiteur¹⁰⁰⁴ par le créancier¹⁰⁰⁵. Autrement dit, en cas de résolution du plan ou du concordat de redressement, faute d'exécution¹⁰⁰⁶, le débiteur perdra le bénéfice de sa remise de dette¹⁰⁰⁷.

744. Dans ces conditions, la situation de la caution ne change pas dans la mesure où elle ne bénéficiait pas du contrat de remise de dette résolu. Théoriquement, à ce moment de la procédure, sa situation est semblable à celle du débiteur déchu des avantages accordés, à tel point que la caution est moins durement traitée que dans la précédente situation. En effet, à partir du moment où la remise de dette est anéantie, le débiteur n'est plus déchargé et le créancier peut lui réclamer, sous réserve de l'application de l'arrêt des poursuites individuelles, l'intégralité de sa créance comme il l'aurait fait à l'égard de la caution en l'absence de résolution. La question de la

¹⁰⁰¹ V. *supra* n° 623 s.

¹⁰⁰² C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1044 et 1060.

¹⁰⁰³ Art. L. 626-27-I al. 4 C. com.

¹⁰⁰⁴ Il s'agit de l'un des effets généraux de la notion de résolution en droit. Il en est ainsi en matière d'incident de paiement par chèque bancaire : le titulaire d'un compte perd le bénéfice de la suspension des effets d'une mesure d'interdiction d'émettre des chèques en cas de résolution du plan dans la mesure où il peut faire l'objet d'un nouvel enregistrement au FCC conformément aux dispositions de l'article R. 131-28 al. 3 C. mon. et fin.

¹⁰⁰⁵ V. F.M. Sawadogo, comm. sous art. 141 AUPC : l'auteur attribue à la résolution du concordat de redressement judiciaire un effet rétroactif comme en droit commun. Ce qui implique une remise en cause de l'exécution antérieure du concordat de redressement. En d'autres termes, si le débiteur a honoré certaines échéances, celles-ci ne devraient pas être prises en compte. Ce qui serait désastreux pour le débiteur car cela alourdirait encore plus son passif alors qu'il est impératif qu'il soit plutôt allégé ; *contra* : C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1063 : l'auteur développe une approche radicalement différente également conforme au droit commun

¹⁰⁰⁶ Com. 9 déc. 1997, Bull. civ. IV, n° 330 : La résolution du plan doit être prononcée en l'absence de règlement du passif à l'échéance fixée, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait eu mise en demeure du débiteur ; Com. 2 fév. 1993, Bull. civ. IV, n° 42 : constitue une inexécution du plan de continuation de l'entreprise, justifiant sa résolution, le défaut de paiement à l'échéance d'une créance fiscale qui n'avait pas fait l'objet d'une réclamation de la part du comptable du trésor avant la demande de résolution du plan.

¹⁰⁰⁷ Com. 21 fév. 2012, n° 10-12214, Rev. proc. coll. 2012, com. 83, p. 43, obs. J.-J. Fraimout.

décharge de la caution consécutive à celle du débiteur ne se pose plus étant donné que ce dernier ne l'est plus lui-même et que sa dette n'est pas éteinte.

745. Cependant, dans la pratique, ces observations sont à relativiser étant entendu que le jugement qui prononce la résolution du plan¹⁰⁰⁸ ou la résolution du concordat¹⁰⁰⁹ de redressement judiciaire ouvre la procédure de liquidation judiciaire¹⁰¹⁰ ou la liquidation des biens¹⁰¹¹. Il s'agit de nouvelles procédures¹⁰¹² dont le jugement emporte les mêmes effets que le jugement d'ouverture initial, nonobstant quelques aménagements relatifs à la déclaration des créances¹⁰¹³. Dans ces nouvelles procédures, les créanciers qui avaient accepté les remises dans le cadre du plan ou du concordat de redressement seront admis au passif du débiteur pour la totalité de leurs créances, déduction faite des sommes déjà perçues, en tant que créanciers antérieurs. Tous les droits acquis par ces derniers seront conservés¹⁰¹⁴.

746. Pour la caution, cela signifie qu'elle pourra être poursuivie par les créanciers qui n'ont pas reçu les prestations attendues dans le cadre du plan ou du concordat résolu dans la mesure où le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens ne prive pas les créanciers antérieurs de leur droit de poursuite contre la caution même personne physique¹⁰¹⁵. Simplement elle ne pourra être poursuivie qu'à l'échéance du terme initial de la dette du débiteur principal¹⁰¹⁶, car la déchéance légale du terme¹⁰¹⁷ ne lui est pas opposable¹⁰¹⁸.

¹⁰⁰⁸ Com. 15 fév. 2005, RJDA 2005, n° 733 : l'inexécution du plan de redressement par le débiteur n'entraîne pas de plein droit à l'échéance la résolution de ce plan, laquelle doit être judiciairement prononcée, peu important que la durée du plan soit expirée.

¹⁰⁰⁹ Art. 139 AUPC

¹⁰¹⁰ Art. L. 631-20-1 C. com. : la résolution du plan de redressement donnant lieu au prononcé d'une liquidation judiciaire et ne peut donner lieu à un nouveau plan de redressement.

¹⁰¹¹ Art. 141 al. 2 AUPC

¹⁰¹² C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1068 s.

¹⁰¹³ Com. 15 mai 2019, n° 18-12441 : les mandataires judiciaires de la nouvelle procédure ne seront pas recevables à intervenir dans une procédure judiciaire relative à la procédure initiale de report de date de cessation des paiements ; V. en ce sens C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1067.

¹⁰¹⁴ CA Paris, 3^e ch. A, 5 mars 1996, D. 1995, IR, p. 101 ; Com. 22 sept. 2015, n° 14616920 : les paiements reçus par le créancier ne seront pas annulés, mais déduits du montant total de la créance partiellement remise en application de l'art. L. 626-19 al. 2 C. com.

¹⁰¹⁵ Art. L. 622-28 al. 2 C. com. ; art. 75 AUPC ;

¹⁰¹⁶ Com. 8 mars 1994, n° 92611854 ; Bull. civ. IV, 96, p. 74 ; Com. 17 déc. 1996, 94-10741 ; Com. 8 juill. 2003, n° 99-21646 ; Com. 7 déc. 1999, n° 97-13365 ;

¹⁰¹⁷ Art. 76 AUPC

¹⁰¹⁸ Nuance : Com. 15 mars 2005, n° 03-11689 ; Com. 11 juill. 1988, n° 86-11689. Bull. civ. IV, 236, p. 163 : la caution peut décider, à travers une clause de déchéance, que la déchéance du terme visant le débiteur principal suite à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire lui sera opposable

747. De ce point de vue, la distinction de la situation du débiteur et celle de la caution est à la défaveur de la seconde à partir du moment où le débiteur ne peut être poursuivi durant toute la procédure¹⁰¹⁹, même si du fait de la déchéance légale du terme il devra honorer son engagement avant l'échéance initiale¹⁰²⁰. En revanche, la caution pourrait ne pas payer le créancier poursuivant, lorsque celui-ci a consenti une remise partielle de dette, en contrepartie des échéances de paiement pour le reliquat. En effet, l'article L. 626-19 alinéa 2¹⁰²¹ du code de commerce dispose que la remise de dette n'est définitivement acquise au débiteur que lorsqu'il verse, au terme fixé dans le plan, la dernière échéance fixée par ce plan pour le paiement de cette créance. Autrement dit, le paiement de toutes les échéances consenties au débiteur, consécutivement à une remise partielle de sa dette, avant la résolution du plan de redressement, emporte l'extinction de celle-ci. Par ricochet, cette extinction entraîne logiquement celle du cautionnement conformément aux dispositions de l'article 2313 du code civil.

748. Dans le cadre du plan ou du concordat de redressement, la caution ne peut se prévaloir de la remise de dette. Il en va différemment dans les procédures préventives.

Paragraphe 2. La caution et la remise de dette dans les procédures préventives

749. Dans les procédures préventives, contrairement au redressement judiciaire, la remise de dette s'inscrit dans une philosophie distributive du risque d'insolvabilité du débiteur principal c'est-à-dire un partage de la charge économique de l'obligation du débiteur entre le créancier et la caution. La remise de dette prend place dans la conciliation, la sauvegarde, ainsi que, en droit OHADA, dans le règlement préventif, l'approche étant élargie au redressement judiciaire. La caution peut se prévaloir d'une remise de dette en des termes adaptés, dans la conciliation (A), ainsi que dans la sauvegarde et le règlement préventif (B).

¹⁰¹⁹ Com. 19 déc. 1995, n° 92-19525; Bull. civ. IV, 305, p. 279 ; Exceptions: Com.

8 oct. 2003, n° 99-21682 ; Bull. civ. IV, 151, p. 170 ; JurisData n° 2003-020467 et n° 00-14760; JurisData n° 0204469 ; Civ. 2°, 27 juin 1985, Bull. civ. 1985, II, 131, p. 86.

¹⁰²⁰ Art. 76 AUPC.

¹⁰²¹ Art. L. 626-19 al. 2 C. com. (anc. Art. L. 621-77).

A. La remise de dette et la conciliation

750. Dans une logique incitative à la prévention des difficultés de l'entreprise, les législateurs français et OHADA adoptent une approche mécanique du droit commun du cautionnement qui consiste à faire profiter la caution, quelle qu'elle soit, de la remise de dette accordée au débiteur¹⁰²². Autrement dit, la caution personne physique et la caution personne morale bénéficient toutes les deux de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre de la conciliation aussi bien en droit français (I) qu'en droit OHADA (II).

I. La remise de dette dans le cadre du droit français

751. La première chambre civile de la Cour de cassation¹⁰²³ l'a suggéré. Aujourd'hui, et plus largement, l'article L. 611-10-2 alinéa 1 du code de commerce dispose que « les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué ». La caution, y compris la caution réelle, peut opposer au créancier poursuivant la remise de dette¹⁰²⁴ accordée au débiteur dans le cadre de l'accord constaté ou homologué. Cette solution *de lege lata* constitue une application de l'ancien article 1287 du code civil devenu article 1350-2 (a), mais une solution au demeurant pressentie avant l'adoption de la loi de sauvegarde (b).

a. L'application des dispositions de l'ancien article 1287 du code civil

752. Le contenu des dispositions des articles 1350-2 alinéa 1 et 2290 du code civil sera au cœur de notre raisonnement. Les premières consacrent l'opposabilité de toute décharge conventionnelle par la caution, une des causes d'extinction par voie accessoire du cautionnement, au même titre que la novation et la confusion¹⁰²⁵. Tandis que les secondes posent le principe selon lequel la caution ne doit pas être plus durement traitée que le débiteur. Ce qui est une des conséquences majeures de la règle de l'accessoire qui est justement traduite par le premier article. Tous les deux impliquent un alignement de la situation de la caution sur celle du débiteur.

¹⁰²² Art. 1350-2 al. 2 C. civ. et art. 36 al. 1 AUS.

¹⁰²³ Com. 5 mai 2004, Bull. civ. IV, n° 84.

¹⁰²⁴ *contra*: Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996, RTD civ. 1997, obs. P. Crocq, p. 190 ; JCP 1997, I, 4033, n° 7, obs. Ph. Simler

¹⁰²⁵ M. Bourassin et V. Bremond, *op. cit.* n° 590 s. ; J.-B. Seube, *op. cit.* n° 123.

L'accessoire suivant le principal, l'extinction de l'obligation principale, entraîne l'extinction de l'obligation de la caution. Si le débiteur est déchargé, la caution doit l'être aussi.

753. La particularité du droit commun du cautionnement français, par rapport au droit OHADA, est qu'il n'exclut pas expressément une opposabilité des remises de dette dans les procédures collectives. Toute caution peut opposer au créancier la décharge que celui-ci a accordée au débiteur. En revanche, l'application de la règle de l'accessoire par l'ancien article 1287 du code civil opère une distinction entre la remise conventionnelle et celle qui ne l'est pas, c'est-à-dire celle qui lui est imposée. Le droit commun du cautionnement retient donc une opposabilité des remises conventionnelles ou volontairement consenties au débiteur.

754. Dans le cadre de la conciliation, l'article L.611-10-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 (art.7), constitue le fondement légal de l'application de la règle selon laquelle l'accessoire suit le principal, traduite par les articles 1350-2 alinéa 1 et 2290 sus indiqués. Cela signifie que la remise consentie au débiteur dans cette procédure est une remise volontaire dont la caution peut se prévaloir. Cette idée est notamment partagée par un auteur avisé¹⁰²⁶. En effet, par analogie aux remises du règlement amiable, que la conciliation a remplacé en 2005, le caractère conventionnel des remises de l'accord constaté ou homologué¹⁰²⁷ n'est pas contestable, même si la règle ici posée ne semble faire aucune allusion à celui-ci. Pour autant, on se doute bien que cette question est présumée, raison pour laquelle la jurisprudence a pris le soin de reconnaître dans un arrêt de la Haute juridiction, dans le cadre du règlement amiable, que ces remises étaient conventionnelles¹⁰²⁸.

755. A ce propos nous indiquerons simplement que le caractère conventionnel de la procédure de conciliation elle-même implique une telle conclusion. Dans cette procédure, le débiteur et ses créanciers discutent librement des nouvelles modalités de la dette, sans que les organes de la

¹⁰²⁶ P.M. Le Corre, La réforme du droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* n° 123.2 : « Les remises accordées dans le cadre d'un accord de conciliation sont incontestablement de nature conventionnelle et doivent donc profiter à ses garants ».

¹⁰²⁷ L'application des remises à la caution a suivi la même évolution que celle décrite à propos de l'opposabilité des délais dans la conciliation ; avant 2008, seules les remises de l'accord homologué étaient opposables par la caution (art. L.611-10-3 dans sa rédaction issue de la L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005). Mais l'ord. du 18 déc. 2008 a repris cette opposabilité et l'a étendue à l'accord constaté, de telle sorte que désormais les remises que la caution peut opposer au créancier sont non seulement celles qui sont issues de l'accord homologué mais aussi celles qui résultent de l'accord constaté.

¹⁰²⁸ Com. 5 mai 2004, préc. *supra* note 1021.

procédure n'influencent leur accord, encore moins le juge dont le rôle ne consiste ni à imposer les remises, encore moins à les accroître ou les diminuer. Il n'existe pas de confusion ou d'incertitude sur la nature des remises accordées au débiteur dans l'accord constaté ou homologué. Cette nature est favorable à l'application de la règle de l'accessoire à travers l'application de l'ancien article 1287 et la caution n'est pas plus rigoureusement tenue que le débiteur conformément aux dispositions de l'article 2290.

756. Cependant, comme on le soulignait précédemment¹⁰²⁹, le caractère conventionnel des remises ne suffit pas dans les procédures collectives à permettre à la caution de s'en prévaloir. Cela s'explique généralement par le désir du législateur de faire prévaloir la finalité du cautionnement, plutôt que son caractère accessoire, prétextant la défaillance du débiteur. Il est donc important pour nous d'observer que la conciliation ne justifie pas le sacrifice du caractère accessoire du cautionnement sur l'autel de sa finalité. La raison essentielle est l'absence d'insolvabilité avérée du débiteur en conciliation, même si elle n'exclut pas la possibilité pour le débiteur d'être en état de cessation de paiement depuis 45 jours au plus, et le souci du législateur français de favoriser le recours aux procédures préventives.

757. La conciliation est une procédure dans laquelle les difficultés de l'entreprise avérées ou prévisibles doivent être maîtrisées. Même si le législateur ne le dit pas expressément, les procédures préventives ont pour but d'empêcher que le débiteur ne soit en cessation des paiements, ce qui constituerait une défaillance de celui-ci à l'égard de ces créanciers. La procédure préventive amiable doit permettre de juguler l'état de cessation des paiements. C'est par exemple le cas d'une PME qui connaît des problèmes de trésorerie.

758. Du fait du non-recouvrement de certaines factures, une entreprise ne dispose pas de liquidités suffisantes pour honorer tous ses engagements sans mettre son activité et l'emploi en péril. Lorsqu'elle sollicite une conciliation c'est pour lui permettre de renflouer sa trésorerie afin d'honorer en temps et heure son obligation. C'est une sorte d'anticipation des difficultés d'une entreprise. Rien ne justifierait la prépondérance de la finalité du cautionnement dans cette circonstance.

759. Par ailleurs, la prévention est au centre des dernières réformes du droit français des entreprises en difficulté. Tout est mis en œuvre pour permettre au débiteur de solliciter le plus tôt

¹⁰²⁹ V. *supra* n° 714 et 754.

possible une aide judiciaire dans le but d'assurer le traitement précoce de ses difficultés et de lui permettre de sauver son activité et l'emploi. Or, envoyer à la caution, tel le dirigeant, le message selon lequel elle serait plus durement traitée que le débiteur, ou qu'elle devrait supporter seule la charge définitive¹⁰³⁰ de la dette du débiteur déchargé de tout engagement, la dissuaderait naturellement de faire le choix de la solution préventive. Par conséquent, refuser à la caution le bénéfice des remises de dette dans cette procédure est incompatible avec le souci du législateur français de promouvoir l'anticipation des difficultés de l'entreprise. Cette solution unitaire et salubre, aussi bien pour le succès de la procédure, que pour l'équilibre du cautionnement, était pressentie.

b. Une solution pressentie

760. Antérieurement à la loi de sauvegarde, il existait une incertitude s'agissant de l'éventuelle application des remises de dettes à la caution. La doctrine et la jurisprudence partageaient parfois des points de vue différents. Pour autant, la solution désormais applicable dans le cadre de la conciliation n'a pas été linéaire, mais plutôt l'œuvre d'une démarche jurisprudentielle. En effet, l'opposabilité de la remise issue de l'accord de conciliation était pressentie. L'arrêt de principe rendu par la Cour de cassation¹⁰³¹, à la veille de la loi de sauvegarde, l'a consacrée. Prenant le contre-pied de la décision de la chambre civile de la même juridiction, dans le cadre d'un règlement amiable d'un particulier¹⁰³², la chambre commerciale, dans un attendu clair, relève d'abord que le créancier « était parfaitement libre, dans le cadre du règlement amiable, de souscrire ou non à l'accord emportant restructuration de la dette, en accordant des remises ou des délais au débiteur ». Elle conclut ensuite, que « les remises ou délais accordés par un créancier dans le cadre d'un règlement amiable bénéficiaient à la caution ».

761. Contrairement à l'arrêt du 13 novembre 1996¹⁰³³, cette solution est justifiée car la volonté du créancier de décharger le débiteur de son engagement, et donc de voir sa dette éteinte, est manifeste. Certains auteurs partagent d'ailleurs cette idée en relevant à juste titre qu'elle s'impose

¹⁰³⁰ G. Mégret, *op. cit.* n° 140.

¹⁰³¹ Com. 5 mai 2004, préc. *supra* note 1017.

¹⁰³² Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996, préc. *supra* note 1054 ; Rép. Defrénois 1997, 292, note L. Aynès ; « malgré leur caractère volontaire, les mesures consenties par les créanciers dans le plan conventionnel de règlement ne constituent pas, eu égard à la finalité d'un tel plan, une remise de dette au sens de l'article 1287 » ; V. également Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, RTD civ. 1998, 422, obs. P. Crocq.

¹⁰³³ Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996, préc. *supra* note 1032.

en raison de « la part majeure prise par la volonté des créanciers dans les remises concédées »¹⁰³⁴ à partir du moment où, à défaut d'appliquer les dispositions de l'article 2290, l'opposabilité de la remise par la caution repose finalement sur le consentement du créancier et non sur la finalité du plan dans lequel elle est incorporée¹⁰³⁵. La remise est conventionnelle, elle est issue d'une procédure conventionnelle, dès lors la question de son opposabilité par la caution ne devrait pas poser de difficulté. Une simple application de l'ancien article 1287 suffirait, en l'état actuel des textes, comme ce fut déjà le cas sous l'empire du concordat amiable¹⁰³⁶.

762. A l'évidence, la jurisprudence de 2004¹⁰³⁷, et celle relative au concordat amiable, ont influencé le législateur de 2005¹⁰³⁸ qui a fait prévaloir la règle de l'accessoire sur l'aspect économique du cautionnement. Le législateur a consacré cette jurisprudence de la chambre commerciale de la Haute juridiction, si bien qu'il ne fait pas de doute qu'à travers cette opposabilité le législateur, de façon générale, « entendait respecter la jurisprudence de 2004 »¹⁰³⁹.

763. Cependant, il convient de constater que la réforme du droit des contrats conduit à nuancer cette jurisprudence en ce sens qu'elle supprime le terme « conventionnel » de la remise. Une telle démarche législative rapproche le droit français du droit OHADA, car celui-ci, bien qu'admettant l'opposabilité des remises par la caution, ne distingue pas expressément les remises selon qu'elles sont conventionnelles ou non. Une avance du droit OHADA qui n'est pas habituelle.

764. Cette opposabilité des remises est en principe totale et concerne toutes les cautions, qu'elles soient simples ou solidaires, personnes physiques ou personnes morales, car ces distinctions n'influencent pas l'application de la théorie de l'accessoire. L'accessoire suit le principal, peu importe sa qualité. Une parfaite application de cette règle ne distingue pas la caution selon sa qualité. Si cette réalité se vérifie dans la conciliation, elle semble être nuancée dans la procédure de sauvegarde, et désormais en droit OHADA. Une nouveauté qui nécessite des développements particuliers.

¹⁰³⁴ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 1102.

¹⁰³⁵ L'arrêt précédent de 1996 justifie l'inopposabilité de la remise par la caution par la finalité du plan dans lequel elle est insérée. Cette démarche manque de fondement juridique car ce qui détermine la nature d'une remise c'est l'existence et/ou l'expression de la volonté des parties.

¹⁰³⁶ V. arr. cités par N. Picod, *op. cit.* n° 714 : Civ. 17 juin 1867, DP 1867. 1. 219 ; Civ. 12 nov. 1867, DP. 1867. 1. 483 ; Req. 30 mars 1869, DP 1869. 1. 512 ; Req. 7 janv. 1889, DP. 1890. 1. 422 ; CA Colmar, 14 mai 1935, RJAL 1935. 495.

¹⁰³⁷ Com. 5 mai 2004, préc. *supra* note 1017.

¹⁰³⁸ En ce sens N. Picod, *op. cit.* n° 714.

¹⁰³⁹ N. Picod, *op. cit.* n° 730.

II. La remise de dette dans le cadre du droit OHADA

765. Jusqu'en 2015, la question de l'impact des remises consenties au débiteur, en amont de la cessation des paiements, sur la caution, était réglée d'une manière non équivoque, et générale, conforme à ce que prévoyait l'ancien article 18 alinéa 3 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. La remise consentie dans le cadre du règlement préventif, seule procédure en amont de la cessation des paiements à cette période, ne profitait pas à la caution. Sa situation était la même que le débiteur déchargé soit ou non en état de cessation.

766. Depuis la récente réforme de l'AUPC révisé, l'appréciation de l'impact des remises et des délais sur la caution a évolué. Une solution nouvelle est consacrée, sous l'influence de la loi française de sauvegarde. D'où la nouvelle approche du législateur, quant à l'éventuelle opposabilité des remises en amont de la cessation des paiements. Cela concerne notamment la nouvelle procédure de conciliation qui s'inspire du droit français et le règlement préventif dans sa nouvelle version.

767. La nouveauté, et non l'innovation, dans le nouvel AUPC, au demeurant commune à toutes les dispositions d'un accord ou d'un concordat, tient d'abord à la transposition de la procédure de conciliation dans le corpus juridique des procédures collectives¹⁰⁴⁰. Cette procédure consensuelle et confidentielle¹⁰⁴¹ veut assurer la sauvegarde de l'entreprise en difficulté, notamment à travers sa restructuration financière. Elle vise, comme le règlement préventif, à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice. Ainsi que nous l'indique Monsieur F.M. Sawadogo, le contexte de cette nouvelle procédure OHADA est proche du règlement amiable mis en place par la loi du 1^{er} mars 1984¹⁰⁴².

768. En outre, dans un souci de cohérence, la conciliation française inspirant le droit OHADA, le législateur communautaire africain va adopter la solution retenue en droit positif français. Cette démarche fait perdre à cette procédure tout caractère innovant dans notre exercice comparatif, bien qu'elle participe de la volonté de modernisation des procédures collectives et plus particulièrement de « l'émergence d'une vision plus globale et plus précoce des difficultés des

¹⁰⁴⁰ V. en ce sens M.F. Sawadogo, *op.cit.* p. 34 (la conciliation instaurée en droit OHADA est « reprise de la législation française qui l'a instituée à la faveur de la réforme apportée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 »).

¹⁰⁴¹ Art. 2 al.1 AUPC.

¹⁰⁴² F.M. Sawodogo, *op. cit.* p. 35 et note de bas de page n° 8.

entreprises »¹⁰⁴³. En d'autres termes, et par analogie, le bénéfice des remises à toutes les cautions dans le cadre de la conciliation repose sur la volonté de traiter plus précocement les difficultés de l'entreprise. Une approche nouvelle qui, jadis, n'était pas envisageable sous l'empire de l'AUPC originel, dans lequel la prévention occupait une place très marginale dans l'ordre des objectifs assignés aux procédures collectives. La procédure collective étant d'abord organisée pour apurer le passif du débiteur et payer les créanciers.

769. Pourtant, si on examine certains chiffres avancés par un auteur¹⁰⁴⁴, on constate l'échec de l'ancienne approche. Le même constat avait d'ailleurs été effectué en droit français avant qu'il ne conduise à l'adoption de la loi de sauvegarde. Les mêmes causes produisant les mêmes effets, le législateur OHADA a notamment renforcé l'anticipation des difficultés des entreprises. Ce qui explique qu'aujourd'hui il est permis à la caution d'opposer au créancier poursuivant les remises consenties au débiteur principal.

770. Du point de vue du droit commun du cautionnement, il y a lieu de remarquer que cette nouvelle mesure n'est pas dérogoire aux dispositions de l'AUS, bien au contraire. De même que celles-ci ne posent pas de difficultés particulières semblables à celles du droit français à propos de la cause subjective des remises. En effet, l'AUS n'indique pas expressément que la remise de dette dont la caution peut se prévaloir doit être conventionnelle. Le législateur africain règle la question sur le double fondement des articles 17 alinéa 3 et 29 alinéa 1 AUS.

771. S'agissant du premier, parce qu'il indique que la caution ne peut être traitée *in duriorem causam*, la réduction ou l'extinction de la dette principale doit entraîner la réduction ou l'extinction de l'obligation de la caution. Par exemple, dans l'hypothèse d'une remise partielle de dette, le montant à payer par la caution sera déduit de la remise consentie au débiteur principal de telle sorte qu'il ne paiera pas plus que ce que doit réellement le débiteur. Quant au second fondement, celui-ci est relatif aux exceptions inhérentes à la dette¹⁰⁴⁵. Le législateur OHADA considère en principe la remise de dette comme une exception inhérente à la dette à partir du moment où elle a pour effet d'éteindre la dette remise.

¹⁰⁴³ F.M. Sawadogo, *ibidem*.

¹⁰⁴⁴ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 72 à 76.

¹⁰⁴⁵ Art. 29 al. 1 AUS (anc. art. 18).

772. En tout état de cause, le droit français et le droit OHADA adoptent désormais la même solution, mais avec des fondements juridiques qui varient sensiblement d'un système à l'autre. Cela démontre tout l'intérêt de notre démarche comparative. Celle-ci révèle par ailleurs un autre alignement du droit OHADA sur le droit français à travers cette fois une opposabilité partielle des remises de dette issues du plan de sauvegarde et du concordat préventif.

B. La remise de dette dans la sauvegarde et le règlement préventif

773. C'est à l'aune de la sauvegarde et du règlement préventif que la logique incitative à la prévention des difficultés de l'entreprise prend tout son sens. Les législations française et OHADA n'adoptent pas une approche mécanique du droit commun du cautionnement. Cela se vérifie dans la sauvegarde (I) et dans le règlement préventif (II).

I. La remise de dette et la sauvegarde

774. Comme désormais dans le règlement préventif, les remises de dettes, comme les délais de paiement, accordés au débiteur dans le cadre du plan de sauvegarde ne profitent qu'aux cautions personnes physiques, conformément aux dispositions de l'article L.626-11 alinéa 2 du code de commerce. La caution personne morale ne peut s'en prévaloir. A titre de comparaison, dans un plan de redressement, aucune caution, tant personne physique que personne morale, ne peut se prévaloir des dispositions du plan. La conciliation, comme nous l'avons vu, les protège toutes. La solution retenue dans l'hypothèse d'un plan de sauvegarde semble bien- fondée (b) de sorte qu'il paraît nécessaire de préciser son contenu (a).

a. L'opposabilité de la remise de dette par la caution personne physique

775. Dans la sauvegarde, le législateur oppose généralement la caution personne physique à la caution personne morale, une distinction nouvelle dans le paysage du droit des procédures collectives. Celle-ci se substitue à l'opposition classique entre la caution simple et la caution solidaire qui avait conduit le législateur à traiter plus durement la seconde sous l'empire de la loi

de 1985¹⁰⁴⁶. A ce titre, les observations consacrées aux délais du plan¹⁰⁴⁷ sont édifiantes, et sont ici valables. C'est donc dans la lignée de la distinction précédente que le législateur permet à la caution personne physique de se prévaloir des décharges consenties au débiteur dans le plan de sauvegarde.

776. Du point de vue de la technique juridique, la nature ambivalente des remises de dette¹⁰⁴⁸ du fait de la nature de procédure elle-même implique une application distributive des règles relatives aux remises conventionnelles et aux remises judiciaires. En distinguant le régime de la caution personne physique de celui de la caution personne morale, le législateur a fait le choix d'appliquer à la caution personne physique les règles découlant de l'aspect conventionnel des remises, et à la caution personne morale les règles relevant de leur aspect judiciaire.

777. La démarche du législateur, en elle-même, n'est pas rare en présence d'éléments de droit qui présentent une nature hybride ou mixte¹⁰⁴⁹ ; le régime applicable résulte souvent d'une démarche distributive, tel est le cas du cautionnement réel qui renvoie au cautionnement et à la sûreté réelle.

778. La caution personne morale reçoit finalement le même traitement que celui qu'a reçu la caution solidaire jusqu'à un passé très récent (loi de sauvegarde). Il est vrai que comparaison n'est pas raison, mais cela peut constituer un élément d'appréciation objective d'une situation.

779. C'est fort de ce postulat, qu'il convient d'observer que sous la loi de 1985, la jurisprudence se fondait sur la nature judiciaire des dispositions du plan de redressement, et sur l'article 64 (anc. art. L.621-65 du code commerce), pour exclure la caution solidaire du bénéfice de la remise de dette¹⁰⁵⁰. Or, hormis le fait que l'article L.626-11 alinéa 2 est à la caution personne morale *mutatis mutandis* ce que l'article 64 alinéa 2 était à la caution solidaire, ce qui relève d'un choix législatif, l'argument purement juridique est difficilement ici applicable tant la remise résultant du plan de sauvegarde n'est pas véritablement judiciaire.

¹⁰⁴⁶ Art. 64 al.2 L. du 25 janv. 1985, préc.

¹⁰⁴⁷ V. *supra* n° 752.

¹⁰⁴⁸ N. Picod, La remise de dette en droit privé, *op. cit.* n° 5 s.

¹⁰⁴⁹ A. Minkoa She, *op. cit.* n° 55; M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.* n° 342; *Contra* : V. Bonnet, note ss. Com. 4 mai 1999, D. 2000, 3 s.

¹⁰⁵⁰ Com. 12 nov. 1992, Bull. civ. IV, n° 355 ; D. 1993, 41, note Vidal ; Defrénois 1993, 527, obs. Sénchal ; Com. 17 mai 1994, Bull. civ., IV, n° 177 ; D. 1994, IR 156 ; Com. 17 janv. 1995, Rev. Huissiers 1995, 466, note R. Martin ; Com. 26 mai 1999, Rev. proc. coll. 2000, 57, obs. Kerkhove. V. également à propos de la clause de réserve de droit contre la caution : Req. 30 mars 1869, DP 1869.1. 512 ; 7 janv. 1889, S. 1892. 1. 372.

780. En réalité, il s'agit d'une situation que le droit commun du cautionnement n'a pas prévu et dont la caution personne morale fait les frais. La particularité du droit des procédures réside dans le fait que les mesures qui y sont édictées sont peu ou prou le fruit d'une démarche économique assumée et ne sont pas toujours fondées sur un régime institutionnel bien déterminé, comme le régime du cautionnement ou celui des remises. Ainsi, le choix d'exclure la caution personne morale n'est pas étonnant car celle-ci constitue une garantie financière d'apurement du passif du débiteur. Même si le législateur retire finalement de la main gauche ce qu'il a donné de la main droite, une combinaison d'éléments objectifs et pragmatiques expliquent qu'elle soit tenue *in duriolem causam*, contrairement à la caution personne physique.

781. La personne morale à la différence de la personne physique n'a pas l'initiative de la procédure, si ce n'est son dirigeant social. Elle n'a donc pas une réelle influence dans l'ouverture ou l'efficacité de la procédure. Or, il est traditionnellement admis que le choix du législateur de faire profiter la caution personne physique des avantages accordés au débiteur, tient au fait qu'elle occupe, en tant que dirigeant social, une place stratégique dans l'entreprise. Les banques réclament souvent le cautionnement du dirigeant pour garantir l'exécution de l'obligation de l'entreprise. Elle a l'initiative de l'ouverture de la procédure. Pour l'inciter à solliciter rapidement une protection judiciaire, lorsque l'entreprise est encore viable, le législateur lui accorde un traitement de faveur dans les procédures préventives, telle la sauvegarde.

782. Ensuite, d'un autre point de vue, on peut observer que le législateur fait peser sur la caution personne morale une présomption de capacité financière plus importante et solide que celle que posséderait une caution personne physique. Elle est supposée être en mesure d'honorer son engagement sans mettre en danger son activité, et mieux préparée que la caution personne physique pour supporter la mise en œuvre du cautionnement en cas de remise de dette. Les banques se portent souvent caution pour leurs clients.

783. Dans tous les cas, si le législateur n'a pas justifié l'exclusion de la caution personne morale du bénéfice des dispositions du plan de sauvegarde, et par ricochet du bénéfice des remises du plan éponyme, l'examen des travaux préparatoires a révélé les bases spéculatives¹⁰⁵¹ du choix du législateur français.

¹⁰⁵¹ Ch. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, *op. cit.* n° 147.

b. Le bien-fondé de l'opposabilité

784. En considérant la spéculation comme une démarche objective qui consiste à prendre une décision en fonction d'une situation précise à un moment (future) X+1 déterminé ou déterminable, afin d'en retirer un avantage, il y a lieu de soutenir que, non pas l'exclusion de la caution personne morale, mais plutôt le maintien de la caution personne physique comme bénéficiaire des remises du plan de sauvegarde constitue une solution fortement spéculative¹⁰⁵². Dès lors, partant du constat selon lequel les dirigeants hésitaient généralement à effectuer un dépôt précoce de bilan pour un traitement optimal de ses difficultés alors que l'entreprise est encore viable, le législateur avait décidé de légiférer en sa faveur pour l'inciter à demander plus précocement, en raison de sa vigilance, l'ouverture de la procédure. Le but poursuivi consiste à faciliter *in fine* la sauvegarde de l'entreprise.

785. En tout état de cause, le prisme de la spéculation réside ici dans deux faits aléatoires : d'une part, il existe une spéculation sur la décision du dirigeant caution qu'on espère être favorable à l'ouverture de la procédure de sauvegarde, d'autre part, il y a une spéculation sur l'impact de cette décision sur la sauvegarde de l'entreprise en difficulté. Dans un premier temps, l'idée soutenue consiste à dire qu'à travers cette mesure comme d'autres, le législateur a fait un pari sur la décision du débiteur de solliciter l'ouverture de la procédure car le législateur n'a pas entendu décharger la caution personne physique par un acte de charité¹⁰⁵³. Quoi de mieux qu'une mesure susceptible d'entraîner son adhésion psychologique. Le dirigeant caution se sent surtout plus protégé, la caution personne morale se trouvant dans une situation moins enviable.

786. Certains auteurs ont qualifié cette distinction de traitement entre cautions de « discrimination positive en faveur de la sauvegarde »¹⁰⁵⁴. Une des raisons de ce choix du législateur en faveur de la caution personne physique réside dans le fait que cette dernière, lorsqu'elle est dirigeant de l'entreprise en difficulté, a l'initiative exclusive de l'anticipation ou plus largement de l'ouverture de la procédure¹⁰⁵⁵. En effet, le fait que le débiteur de façon général, et le dirigeant social plus particulièrement, ait l'exclusivité de l'ouverture de la sauvegarde, et même de la conciliation, fait de lui un acteur incontournable dans la mise en

¹⁰⁵² Ch. Mouly, *ibidem*.

¹⁰⁵³ N. Picod, *op. cit.* n° 732, p. 544.

¹⁰⁵⁴ P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 236.1.

¹⁰⁵⁵ P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 236.2.

œuvre des mesures d'anticipation mises à sa disposition. Son adhésion psychologique à ces mesures est apparue comme une nécessité pour le législateur français. Cela s'est d'abord traduit lors de la réforme du 10 juin 1994 par l'octroi au dirigeant caution du bénéfice de la suspension des poursuites, au même titre que le débiteur, pendant la période d'observation.

787. Ce rôle de premier plan dans le processus de prévention et d'anticipation des difficultés de l'entreprise s'est ensuite accentué dans la loi de sauvegarde. Dans celle-ci, le dirigeant caution a l'initiative sans partage de la mise en place du mandat *ad hoc*, de l'ouverture des procédures de conciliation et de sauvegarde¹⁰⁵⁶. Sa négligence, ou sa peur, de se voir personnellement affaibli par les mesures mises en place par le législateur, comme jadis sous le droit de la faillite, constituait et aurait pu constituer un obstacle aux chances de sauvegarde de l'entreprise en difficulté¹⁰⁵⁷. Cela justifie cette décharge de la caution personne physique qui a pour seul objectif d'inviter le dirigeant caution à « entreprendre plus précocement des démarches pour remédier aux difficultés de l'entreprise »¹⁰⁵⁸ sans crainte d'être traitée *in duriores causas*. La décision du dirigeant caution est si importante que, s'il n'agit pas, aucun créancier ne pourra saisir le juge compétent à sa place, ni le juge se saisir d'office pour requérir l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, encore moins de conciliation.

788. Toutefois, on aurait pu penser que le législateur, sans doute le fera-t-il demain comme le souhaite le législateur européen¹⁰⁵⁹, allait opter pour une solution de partage de l'initiative de la procédure afin de réduire le pouvoir du dirigeant social. Cela se serait notamment traduit par la possibilité pour les créanciers de solliciter l'ouverture d'une procédure, soit seuls, soit conjointement avec le débiteur afin de forcer sa décision et d'obtenir l'ouverture de la procédure nonobstant sa réticence. Une telle mesure aurait-elle suffi à anticiper les difficultés de l'entreprises ?

¹⁰⁵⁶ F. Macorig-Venier, L'anticipation des difficultés de l'entreprise. Modernité du droit français et approche comparatiste, in Actes du colloque « Qu'en est-il du code de commerce 200 ans après ? Etat des lieux et projections » des 27 et 28 octobre 2007, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, p. 349.

¹⁰⁵⁷ M.H. Monsérié-Bon, Le plan de sauvegarde issu de la loi du 26 juillet 2005, Dr. et patr. mars 2006, n° 146, p. 73 : l'auteur évoque notamment la réticence ancestrale des chefs d'entreprise à se placer sous la protection judiciaire. Ce qui se comprend par ailleurs étant donné qu'ils ont souvent été plus durement traités que le débiteur sous les lois de 1985 et de 1994 (sous réserve de la mesure qui donne aux dirigeants caution le bénéfice de la suspension des poursuites). V. également en ce sens N. Picod (qui reprend l'auteur en l'espèce), *op. cit.* n° 733.

¹⁰⁵⁸ F. Macorig-Venier, *op. cit.* p. 351.

¹⁰⁵⁹ V. *supra* note 87.

789. La réponse doit être nuancée, car les difficultés des entreprises en conciliation ou en sauvegarde sont telles qu'il est difficile pour le créancier d'en être informé. Notamment, si l'on considère la conciliation, celle-ci est emprunte d'un esprit de confidentialité dans lequel seul le chef d'entreprise est véritablement en mesure de savoir si sa trésorerie lui fera défaut dans les jours ou semaines à venir. Une telle information est difficilement accessible au créancier. A partir de ce moment, même si le législateur lui laisse la possibilité d'anticiper conjointement avec le débiteur ses difficultés, on voit mal comment cette mesure serait efficace dans la pratique. A moins que le législateur ne lui confère des pouvoirs plus élargis dans la connaissance périodique de la comptabilité du débiteur.

790. De plus, cette mesure ne correspond pas à la conception du droit français du rapport entre créancier et débiteur qui est fondé sur la confiance, la bonne foi des deux parties, mais aussi sur le principe de non-ingérence du créancier dans l'activité du débiteur. Que les associés du débiteur le fassent, cela ne poserait pas de problème en ce sens que le dirigeant social a généralement un devoir d'information sur sa gestion de l'activité envers ses associés. Ce qui ne serait pas le cas d'un créancier.

791. Par ailleurs, dans le rapport souvent conflictuel entre la finalité du cautionnement et le caractère accessoire de l'engagement de la caution, la solution prise par le législateur français permet de rétablir un équilibre entre les deux notions dans les procédures collectives. En effet, très souvent sacrifié au profit de la finalité du cautionnement, le caractère accessoire de l'engagement de la caution reprend ici une certaine importance, voire considération, qu'il n'avait pas auparavant. De même que la finalité de garantie du cautionnement n'est plus systématiquement admise sans doute en raison de l'objectif d'anticipation affirmé par les textes, dès 2005, plus que par le passé. Ce qui s'est notamment traduit par une diversité des moyens de l'anticipation qui ne peuvent être mis en œuvre si la caution est (toujours) traitée *in duriorum causam*. Autrement dit, l'anticipation précoce des difficultés de l'entreprise, telle que définie depuis la loi de sauvegarde, s'accommode mal de la primauté systématique de la finalité de garantie ou économique du cautionnement. Le renversement de situation qui consiste à mettre en avant le caractère accessoire du cautionnement favorise au contraire l'objectif économique et social de traitement précoce des difficultés de l'entreprise. Celui-ci consiste dans la poursuite de

l'activité économique et la sauvegarde des emplois. Mais qu'en est-il réellement de l'efficacité d'une telle mesure dans la sauvegarde.

792. La question est ici d'ordre pratique. Elle consiste surtout à se demander si les perspectives de nature juridique, économique et sociale de cette mesure sont, dans la pratique, plus efficaces que d'autres. Le dictionnaire Le Petit Robert définit l'efficacité comme le caractère de ce qui est efficace c'est-à-dire qui produit l'effet qu'on en attend. En d'autres termes, l'efficacité de la mesure prise au bénéfice du seul dirigeant social consiste à s'interroger sur ses effets réels. Sont-ils ceux qui sont attendus ? Quant à l'effectivité, le Dictionnaire de la Culture Juridique nous indique qu'il peut être définie comme le « degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit ».

793. Permettre au dirigeant caution de diminuer le passif de « son » entreprise en difficulté au moment où celle-ci n'est plus en mesure de satisfaire tous ses créanciers constitue pour celle-ci une bouffée d'oxygène, un répit qui ne se refuse pas. Parfois, les entreprises peuvent se retrouver en très grande difficulté parce que les intérêts générés par leur dette rivalisent avec le capital. Les libérer d'une partie du montant de ces intérêts ou de leur totalité ne peut que les soulager, mais à condition que le créancier ait des chances sérieuses de recouvrer son investissement en capital à moyen ou long terme.

794. Au demeurant, l'application du bénéfice de la remise de dette à la caution personne physique dans le cadre de la sauvegarde est un complément parfait à la suspension des poursuites dont cette caution peut également se prévaloir. Ces deux mesures, pour ne citer qu'elles, participent de la volonté de favoriser le traitement préventif des difficultés de l'entreprise. Une philosophie désormais transposée en droit OHADA, sous réserve de quelques nuances¹⁰⁶⁰.

II. La remise de dette dans le règlement préventif

795. Enoncer que le modèle français est transposé en droit OHADA, c'est soulever la question de l'influence du droit français sur le droit applicable en Afrique francophone et plus particulièrement dans l'espace OHADA. L'influence de la législation française, antérieure à la loi de sauvegarde, sur l'AUPC du 10 avril 1998, modifié par l'AUPC du 10 septembre 2015, avait

¹⁰⁶⁰ V. *supra* n° 539.

déjà été constatée. Le tournant pris par le législateur français dans sa loi de sauvegarde de 2005, avec les résultats que l'on connaît, a été suivi par le législateur OHADA dix ans plus tard. Se pose alors la question de l'opportunité de ce choix quand on sait les spécificités de la pratique des affaires dans l'espace OHADA. On peut dès lors se demander si cette évolution connaîtra le même succès, sinon davantage, qu'en droit français. Autrement dit, est ce qu'en permettant au dirigeant caution d'une entreprise « africaine » de se prévaloir de la décharge accordée au débiteur dans le règlement préventif, celui-ci mettra plus précocement son entreprise sous protection judiciaire ? C'est bien entendu dans ce sens que l'évolution s'est faite.

796. Afin d'apporter une réponse objective à cette question, un examen de la solution antérieure au nouvel AUPC nous permettra de mieux appréhender l'opportunité de la nouvelle solution, empruntée au droit français. Il conviendra par conséquent d'examiner tour à tour, la solution admise sous l'empire de l'AUPC du 10 avril 1998 (a) et celle retenue, depuis l'AUPC du 10 septembre 2015, applicable à la caution (b).

a. La solution retenue par l'AUPC de 1998

797. Le droit français de la faillite a pu être guidé par la volonté de protéger, quoi qu'il advienne, les intérêts des créanciers. Il était bon en ce sens de ne pas permettre à la caution de se prévaloir des dispositions concordataires. Une approche rigoureusement suivie par le législateur communautaire. Ainsi, elle ne pouvait se prévaloir ni des délais, ni des remises concordataires dans le cadre du règlement préventif. Malgré leur caractère plus volontaire que judiciaire, la caution ne pouvait se prévaloir de ces remises.

798. Le premier constat est qu'il existait en droit OHADA, sous l'empire de l'AUPC de 1998, une solution unitaire de telle sorte que la nature conventionnelle des remises avait peu d'incidence sur la solution adoptée par le législateur. La situation de la caution n'était pas alignée sur celle du débiteur simplement, ainsi que le relevait traditionnellement la doctrine et la jurisprudence française, parce que les remises concordataires participent de la nature judiciaire des procédures collectives.

799. En réalité, c'était davantage l'ouverture de la procédure collective, qu'elle soit conventionnelle ou non, qui expliquait la solution unitaire du refus du bénéfice des remises concordataires à la caution. En effet, là encore, il était traditionnellement considéré, et encore

aujourd'hui de façon plus modérée, que l'ouverture d'une procédure constituait la constatation de la défaillance du débiteur et les auteurs contemporains français ajoutent que si le débiteur bénéficie de remises c'est bien parce qu'il est défaillant. L'ouverture de la procédure, conventionnelle, ou judiciaire comme le règlement préventif est synonyme de la défaillance du débiteur. Ce qui n'est pas totalement exact. Ce n'est pas parce qu'une entreprise sollicite des remises de dettes qu'elle ne peut plus honorer son engagement envers son créancier encore faut-il identifier ce sur quoi porte la remise. Par exemple, une remise partielle qui ne porte que sur les intérêts et non sur le principal caractérise moins la défaillance du débiteur. Celui-ci dispose des ressources nécessaires à satisfaire le créancier sur l'engagement initial qu'il a pris à son égard.

800. De même, ce n'est pas parce qu'un débiteur a sollicité un règlement préventif qu'il est défaillant. Il peut simplement s'agir, dans ce cas, d'une manière de prévenir une défaillance à venir notamment eu égard au paiement d'une dette qui n'est pas encore exigible. Il ne faut pas oublier que le débiteur est généralement engagé dans plusieurs relations d'affaires et que pour peu qu'un de ses principaux créanciers exige le paiement d'une dette majorée d'intérêts il peut ne plus être en mesure d'honorer intégralement tous ses engagements. Dès lors, pour lui permettre de traiter convenablement tous ses créanciers en même temps, il peut solliciter une remise de ces intérêts, ce qui lui permettrait de satisfaire plusieurs créanciers en même temps. Une telle démarche n'est-elle pas compatible à l'esprit même des procédures collectives ?

801. En tout état de cause, le régime de droit commun du cautionnement en l'occurrence n'était pas suivi. La raison du refus du bénéfice des remises résultait de la considération de la nature économique du cautionnement et des procédures collectives. Le cautionnement était pris sous l'angle de sa fonction, de sa finalité. C'est-à-dire que si la caution n'est pas déchargée c'est parce que le débiteur est supposé être défaillant sous réserve des observations précédentes. De plus, les procédures collectives OHADA favorisent plutôt l'apurement du passif et par ricochet le paiement des créanciers. En ce sens on évoque traditionnellement la prépondérance de la finalité du cautionnement par rapport à son caractère accessoire.

802. Il demeure une constante en droit des procédures collectives. Le refus du bénéfice des remises, consenties au débiteur, à la caution, repose non pas sur un élément directement lié à l'acte juridique que constitue la remise mais plutôt sur un élément extérieur à celui-ci c'est-à-dire le processus de règlement des difficultés de l'entreprise. L'illustration de cette affirmation est à

rechercher dans la jurisprudence française faute de précédent en droit OHADA du fait qu'il s'agit d'un droit nouveau.

803. La solution de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 novembre 1996¹⁰⁶¹ était clairement consacrée en droit OHADA. Dans celui-ci les Hauts magistrats avaient indiqué, concernant les remises et délais du concordat du règlement amiable, que ceux-ci malgré leur caractère volontaire ne pouvaient être opposés par la caution pour se décharger de son engagement. Il fallait retenir de cette décision de justice que les modalités de paiement accordées au débiteur avaient pour but d'assurer sa continuité. Ce qui renforce d'ailleurs le caractère personnel de telles remises et démontre toute la particularité des solutions adoptées dans le droit des procédures collectives.

804. En outre, cette solution traditionnelle était cohérente dans le contexte du droit OHADA, non seulement parce qu'il y existait une prépondérance de la fonction économique du cautionnement, mais parce que l'extinction de l'obligation du débiteur principal résultait le plus souvent d'une conjonction de deux facteurs, d'une part, la volonté du créancier, bien qu'elle ne soit que relative¹⁰⁶², et d'autre part, le caractère de la mesure considérée comme inhérente à l'organisation de la procédure collective. Il en est ainsi de la remise de dette, comme, jadis, de la sanction de l'extinction en cas de défaut de déclaration de créance. Dans le premier cas, la volonté du créancier de ne plus se prévaloir de sa créance vis-à-vis du débiteur entraîne en principe son extinction¹⁰⁶³. Dans le second, le manque de diligence du créancier à déclarer sa créance à la procédure constituait une sorte de volonté implicite de ne pas solliciter le paiement de sa créance dans le cadre de la procédure.

805. Le souci de moderniser le droit OHADA a conduit le législateur africain à modifier partiellement la solution précédemment analysée. Il en résulte que l'impossibilité de se prévaloir des remises concordataires a laissé place à l'octroi du bénéfice de ces remises à la caution, sous

¹⁰⁶¹ Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996, Bull. civ. I, n° 401 ; D. 1997, p. 141, note T. Moussa et somm., p. 178, obs. D. Mazeaud ; JCP E. 1997, II, p. 903, note D. Legeais ; Gaz. Pal. 21 juin 1997, somm., p. 190, obs. S. Piedelièvre ; RTD. civ. 1997, p. 190, obs. P. Crocq. V. également en ce sens sous l'empire de la législation de 1985 : Com. 17 nov. 1992, Bull. civ. IV, 355 ; JCP E 1993, I, 236, obs. M. Cabrillac et Ph. Petel ; JCP G 1993, I, 3680, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; RTD com. 1993, p. 372, obs. A. Martin-Serf.

¹⁰⁶² En ce sens qu'elle était tantôt déterminante dans le cadre de la sanction du défaut de déclaration de la créance par le créancier ou son mandataire, tantôt insuffisante mais pas inexistante en plus d'être parfois partielle dans le cadre de la remise de dette.

¹⁰⁶³ Art. 29 AUS.

l'influence des dispositions de l'alinéa 2 de l'article L.622-28 du code de commerce français. Il s'agit en réalité d'un revirement du droit OHADA des procédures collectives.

b. Le revirement de l'AUPC du 10 septembre 2015

806. Si le nouvel Acte uniforme n'a pas apporté un changement substantiel quant à la nature et à l'objectif du règlement préventif, il en va autrement de l'impact des remises consenties au débiteur sur le sort de la caution. Désormais, les dispositions du concordat préventif sont opposables, comme en droit français, par la caution personne physique conformément à l'article 18 alinéa 3 AUPC dans sa rédaction issue de l'AUPC adopté à Grand-Bassam le 10 septembre 2015. Si le règlement préventif n'est pas sans rappeler la sauvegarde française, l'opposabilité des remises du concordat préventif par la seule caution personne physique constitue une transposition de la solution retenue par le droit français des entreprises en difficulté dans le cadre de la sauvegarde. Le législateur OHADA a ainsi retenu une solution plus compatible avec l'esprit de l'AUPC.

807. Cette solution, comme celle retenue pour les délais concordataires, transpose une technique législative française qui consiste à distinguer le sort de la caution dans les procédures, non pas sur le fondement de leur qualité, mais plutôt en considérant leur influence dans la réussite de la procédure¹⁰⁶⁴. D'où le choix de la dualité de traitement imposant de distinguer la caution personne physique et la caution personne morale. Ce qui implique une application partielle de la théorie de l'accessoire.

Ce choix du législateur communautaire peut-il produire les effets escomptés ?

808. Si l'on considère la pratique de la mise en œuvre du cautionnement dans l'espace OHADA, conformément aux règles de droit commun, il y a lieu de relever que la caution cherche généralement, comme tout débiteur¹⁰⁶⁵, à se décharger de son engagement au moment où elle est appelée à garantir ou de retarder l'exécution de celui-ci. Concrètement, elle cherche souvent à préserver au maximum son patrimoine des poursuites des créanciers. La peur de perdre ses actifs, son mobilier, de faire l'objet d'une saisie la conduit parfois à rechercher désespérément à trouver

¹⁰⁶⁴ Le choix porté sur la caution personne physique réside également dans le fait que le dirigeant-caution est encouragé à ne pas attendre que la situation de son entreprise se dégrade davantage avant de solliciter la protection judiciaire.

¹⁰⁶⁵ A. de Saba, *op. cit.* n° 12.

les voies de droit susceptibles de la décharger de son engagement. Dès cet instant, à partir du moment où elle est rassurée que son patrimoine ne sera pas exposé aux poursuites des créanciers, ou qu'elle sera déchargée plus facilement de son engagement en invoquant une remise consentie au débiteur, il y a tout lieu de penser qu'une telle mesure sera bien reçue par ce dernier.

809. Par ailleurs, cette mesure présente un intérêt particulier pour un cautionnement donné dans le contexte africain, car dans celui-ci la caution personne physique dispose souvent d'un patrimoine moins important que les cautions concernées par le droit français. L'autre raison réside dans l'information dont peut facilement disposer une caution. Contrairement à la caution du droit français, celle du droit OHADA a moins la maîtrise des règles qui organisent le cautionnement et les procédures collectives ne leur sont pas toujours intellectuellement accessibles.

810. Aussi, la caution personne physique, jugée plus faible que la caution personne morale, ne mesure pas très souvent la portée de son engagement, même quand il s'agit du dirigeant d'une entreprise¹⁰⁶⁶. Il en est de même sous l'angle de la culture des affaires, orientée vers la solidarité ; une solidarité financière qui permet de financer une grande partie des PME¹⁰⁶⁷, lesquelles représentent « plus de 90 % de l'ensemble des entreprises, parmi lesquelles 70 à 80 % sont des micros et très petites entreprises »¹⁰⁶⁸.

811. Cette attitude, qui, bien entendu, n'est pas propre à la caution africaine, démontre combien la mesure d'extinction partielle ou totale, plus que les délais de paiement, renforce l'attractivité de la procédure de règlement préventif. La décharge du dirigeant-caution incite ce dernier à demander l'ouverture du règlement préventif. Il est évident, dans l'hypothèse inverse, que permettre au créancier de faire prévaloir à l'égard de la caution un droit, auquel il a renoncé à l'égard du débiteur, fait peser *in fine* sur celle-ci toute la charge de la dette du débiteur principal.

¹⁰⁶⁶ Plusieurs études, menées par des praticiens, ont démontré que les dirigeants des PME africaines n'ont pas souvent une bonne connaissance des règles qui gouvernent les actes qu'ils sont amenés à réaliser quotidiennement dans le cadre de l'exercice et du développement de leur activité. C'est notamment ce qui ressort d'une étude menée dans plusieurs pays de l'Afrique de l'Ouest (ERSUMA, Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA- Benin, Burkina-Faso, Mali, Sénégal, TrustAfrica juin 2013, n° 13, p. 3).

¹⁰⁶⁷ Du fait de leur faible apport en fonds propre, les PME sont très souvent obligées de s'orienter vers d'autres sources de financement, autres que les banques classiques. Elles auront ainsi recours aux financements islamiques (V. en ce sens Ibrahima Ba, PME et institutions financières islamiques, Document de travail Services financiers et allègement de la pauvreté, BIT Genève, p. 1).

¹⁰⁶⁸ Admassu Tadesse, Quelles perspectives de financements pour les PME en Afrique ? La Revue de Proparco, n°1 mai 2009, p. 17.

De fait, l'obligation de la caution est maintenue pour l'avenir et aux conditions initiales, alors même que le créancier a renoncé à recevoir une partie ou la totalité de la prestation que le débiteur lui doit et que la caution garantit. La relation entre le débiteur et la caution peut donc parfois impliquer un maintien de l'engagement de la caution. Une situation qui s'observe dans l'hypothèse particulière de la transmission du prêt au cessionnaire.

Section 2. L'aggravation de l'engagement de la caution consécutive à la transmission du prêt au cessionnaire

812. La cession de l'entreprise en difficulté¹⁰⁶⁹ fait partie au même titre *mutatis mutandis* que la suspension des poursuites et de l'interdiction de paiement des outils juridiques que le législateur met à la disposition du débiteur afin d'assurer son redressement. A la différence de ces autres outils juridiques, la cession permet le redressement avec l'aide d'un tiers, et non du débiteur lui-même. Celle-ci est généralement décidée lorsque le débiteur ne peut plus, ou ne peut pas, assurer personnellement la pérennité de son activité. Dans ce cas, elle a pour but de relancer l'activité, de maintenir les emplois et de payer les créanciers. Elle est envisagée dans le cadre des procédures collectives en tant que « technique organisée et minutieusement réglementée »¹⁰⁷⁰ depuis la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises¹⁰⁷¹.

813. La cession de l'entreprise se réalise dans le cadre d'un plan éponyme. Si sous l'empire de la loi de 1985, le plan de cession était uniquement arrêté dans la procédure de redressement judiciaire, elle est désormais possible dans le cadre de la liquidation judiciaire depuis la loi du 26 juillet 2005¹⁰⁷². Comme en droit français, le droit applicable dans l'espace OHADA prévoit également l'hypothèse d'une cession d'actifs ou de l'entreprise dans le cadre du redressement judiciaire, conformément aux dispositions des articles 131 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et de la liquidation des biens¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁹ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1260 s.

¹⁰⁷⁰ G. Couturier, Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes, *Bull. Joly des sociétés* fév. 2008, n° 2, p. 142.

¹⁰⁷¹ L. n° 85-98 du 25 janv. 1985 (art. 81).

¹⁰⁷² L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 (art. 111) : art. L.642-1 s. C. com. ; V. également G. Couturier, *ibid.*

¹⁰⁷³ L'art. 131 dans sa rédaction issue de l'AUPC de 1998 prévoyait une cession partielle de l'entreprise c'est-à-dire des biens susceptibles d'une exploitation autonome en vue du maintien de l'activité économique et des emplois qui lui sont attachés. La cession était à cet effet contenue dans le concordat de redressement (art. 122). Contrairement au

814. Lors de la cession de l'entreprise ou des actifs, seront concernés divers éléments, cessibles, tels que les contrats, un certain nombre de biens corporels ou incorporels, de biens meubles ou immeubles¹⁰⁷⁴. En lui-même le plan de cession ou le concordat de redressement comportant une cession d'actif ne constitue pas une aggravation de l'engagement de la caution car le contrat de cautionnement ne peut être cédé au même titre que le prêt dans ce contexte. En revanche, les dispositions de l'article L. 642-12 du code de commerce prévoient l'hypothèse, non pas d'une cession, mais d'une transmission du cautionnement au repreneur. En effet, le cautionnement n'est pas cédé au repreneur à titre principal comme les contrats en cours, mais accessoirement à la cession exceptionnelle d'un prêt ayant permis de financer l'acquisition d'un bien cédé à titre principal au repreneur¹⁰⁷⁵.

815. Cette opération classique du droit des procédures collectives signifie que le débiteur, dont la caution garantit le paiement de la dette, s'est effacé de la relation qui le lie au créancier et à la caution. Dès lors, se pose la question du maintien de l'engagement de la caution. Sa situation dépendra-t-elle de celle du débiteur ou alors de la situation de la dette transférée au cessionnaire ? A cela le droit des procédures collectives répond en optant clairement pour le maintien de l'engagement de la caution c'est-à-dire que la caution reste toujours engagée envers le même créancier initial, nonobstant le changement de débiteur.

816. On tentera de démontrer que cette solution du législateur français, transposable en droit OHADA, influence l'équilibre et non la symétrie du traitement qui doit exister entre le débiteur et la caution. Celle-ci reçoit un traitement différent de celui concernant le débiteur initial car elle est contrainte de payer les échéances de remboursement du prêt que le créancier n'est plus en mesure de réclamer audit débiteur. Malgré tout, un examen minutieux des conditions d'aggravation de la situation de la caution (Paragraphe 1) fait paradoxalement apparaître un traitement logique de cette dernière du fait de la nature des échéances qui sont mises à la charge du cessionnaire, et non du débiteur initial (Paragraphe 2).

législateur français, le législateur communautaire ne prévoyait pas de cession totale, ce qu'un auteur regrettait (F.M. Sawadogo, comm. ss. art. 131 dans sa rédaction issue de l'AUPC 1998). Le nouvel AUPC semble avoir pris en compte cette critique car la nouvelle rédaction de l'article 131 prévoit désormais, comme dans la liquidation des biens (art. 160), une cession totale de l'entreprise.

¹⁰⁷⁴ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1260.

¹⁰⁷⁵ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1322.

Paragraphe 1. Les conditions de l'aggravation

817. L'exégèse de l'article L. 642-12 alinéa 4 du code de commerce¹⁰⁷⁶ suppose que la caution *in bonis* devra payer ce que le créancier ne peut plus réclamer au débiteur initial cédant. La caution se retrouverait dans une situation similaire à celle qui est la sienne lorsqu'elle se trouve confrontée au créancier forclos dont la créance est inopposable au débiteur initial, mais opposable à la caution. Autrement dit, l'hypothèse de la transmission de la charge des sûretés consécutive à la cession d'un bien grevé ne libère pas la caution de son engagement. Contrairement à sa situation au cas cession de cession d'un bail¹⁰⁷⁷, la caution ici continue à garantir le paiement des échéances postérieures pourtant mises à la charge du cessionnaire¹⁰⁷⁸. Son obligation de couverture confondue avec son obligation de paiement¹⁰⁷⁹ est renforcée en ce qu'elle s'étend des échéances de remboursement antérieures, à la charge du cédant, aux échéances de remboursement postérieures du prêts transmis¹⁰⁸⁰ au cessionnaire et mises à sa charge. Néanmoins, cette extension (B) nécessite, eu égard aux précisions apportées la jurisprudence¹⁰⁸¹ aux termes génériques de l'article L. 642-12, de déterminer les critères d'aggravation de l'engagement de la caution *in bonis* (A).

A. Les critères de l'aggravation de l'engagement de la caution *in bonis*

818. Dans le cadre d'un plan de cession, il est communément admis que la caution est tenue de s'acquitter de son obligation notamment pour les dettes à la charge du débiteur. En ce sens, sa situation n'est pas différente de la situation du débiteur, elle doit régler ce que doit le débiteur. Ce qui signifie qu'elle n'est pas comptable de ce qui est mis à la charge du cessionnaire. Or, il est aussi souvent indiqué que la « caution ne saurait être tenue de garantir le paiement des échéances

¹⁰⁷⁶ Art. L. 642-12 al. 4 C. com. (anc. art. 93 al. 3 L. 25 janv. 1985).

¹⁰⁷⁷ En cas de cession d'un bail, la caution est libérée de son engagement pour le paiement des loyers impayés postérieurs, sauf si elle manifeste une volonté contraire.

¹⁰⁷⁸ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1315.

¹⁰⁷⁹ Ch. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, *op. cit.* n° 260 s. : dans le cadre du prêt, l'obligation de couverture de la caution est confondue avec son obligation de paiement car elles « s'emboîtent l'une à l'autre à la façon d'obligations gigognes ».

¹⁰⁸⁰ Le prêt n'est pas cédé, mais transmis au cessionnaire. En revanche, cette transmission est consécutive à la cession du bien dont il a permis l'acquisition.

¹⁰⁸¹ Com. 12 oct. 1993, n° 91-17.128: JurisData n° 1993-002413; D. 1994, p. 353, note O. Playoust ; JCP G 1994, I, 3765, obs. Ph. Simler et P. Delebecque ; JCP E 1994, I, 348, n° 2, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; Rev. proc. coll. 1993, p. 512, obs. B. Soinne ; Defrénois 1994, p. 1237, obs. J.P. Sénéchal.

postérieures à la prise d'effet de la cession »¹⁰⁸². Par conséquent, la caution n'est pas plus durement traitée que le débiteur conformément au caractère accessoire de son engagement. On en déduit que l'application de la règle de l'accessoire est aussi liée au changement de débiteur, de telle sorte que le maintien de l'engagement de la caution au paiement d'une dette qui n'est plus à la charge du débiteur initial est incontestablement plus onéreux pour cette dernière.

819. L'ambition ici est de fixer les conditions légales dans lesquelles cette aggravation a lieu, car la cession de certains contrats libère le débiteur pour l'avenir alors qu'elle maintient l'obligation de la caution dans toute sa vigueur. C'est notamment le cas lorsque le contrat de prêt est cédé dans la mesure où si les annuités antérieures à la cession sont supportées par le débiteur et la caution, celle-ci est seule engagée au paiement des annuités postérieures cette fois-ci aux côtés du cessionnaire¹⁰⁸³.

820. Deux critères expliquent cette solution du droit des procédures collectives consacrée par les dispositions de l'article L.642-12 du code de commerce de sorte qu'en dehors de ceux-ci la caution est libérée au même titre que le débiteur comme dans *mutatis mutandis* la cession de dette de droit commun et la cession de dette avec novation¹⁰⁸⁴. Il s'agit cumulativement du critère relatif à la nature du crédit qu'il convient de préciser (I) et de son affectation au financement de l'investissement du bien cédé (II).

I. Le critère relatif à la nature du crédit

821. En disposant que « la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire », l'article L.642-12 alinéa 4 du code de commerce ne donne aucune précision du type de crédit à prendre en compte¹⁰⁸⁵. S'agit-il du

¹⁰⁸² Nous précisons les conditions d'application de cette solution dans le point suivant. D'ores et déjà, voir en ce sens N. Picod, *op. cit.* n° 112, p. 103.

¹⁰⁸³ C. Saint-Alary-Houini, *op. cit.* n° 1324;

¹⁰⁸⁴ Art. 1328-1 C. civ. ; Ph. Malaury, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1441 et 1449 ; il convient également d'indiquer que la transmission du prêt au sens de l'article L. 642-12 al. 4 C. com. n'emporte pas novation de sorte que la caution ne peut exciper de celle-ci pour refuser d'honorer son engagement.

¹⁰⁸⁵ V. Bouthinon-Dumas, *op. cit.* n° 225 : l'auteur présente la controverse doctrinale née de l'interprétation de la notion de crédit utilisée à l'article L. 642-12 al. 4 C. com.

crédit *lato sensu*¹⁰⁸⁶ ou du crédit *stricto sensu*¹⁰⁸⁷ ? Ou encore s'agit-il du crédit à court terme (moins d'un an)¹⁰⁸⁸ ou à moyen (entre deux et sept ans)¹⁰⁸⁹ ou long terme¹⁰⁹⁰ ? Ou s'agit-il enfin d'un éventuel crédit bancaire ?

822. Face à cette imprécision, et eu égard à la diversité de crédits, la doctrine aborde diversement cette question comme l'indique un auteur¹⁰⁹¹. Pour une majorité d'auteurs spécialistes du droit des entreprises en difficulté, le sens à donner à la notion de crédit semble être une évidence : il s'agit du crédit au sens de l'article L. 313-1 du code monétaire et financier c'est-à-dire une opération de crédit¹⁰⁹². Qu'en est-il réellement ?

823. Dans le droit des procédures collectives, on observe généralement que les crédits ou prêts¹⁰⁹³ se distinguent en fonction de leur durée. Il en est ainsi de l'exception de l'arrêt du cours des intérêts¹⁰⁹⁴, à propos de laquelle le législateur français et le législateur OHADA distinguent le prêt à court terme des prêts à moyen ou long terme. Cette distinction sera par conséquent la référence dans une analyse idéale pour l'interprète. On s'en servira pour préciser le sens du terme « crédit » employé par le législateur.

824. A ce titre, par un raisonnement par élimination, on peut tout d'abord se demander si les crédits à court terme sont éligibles à l'application des dispositions de l'article L. 642-12 alinéa 4,

¹⁰⁸⁶ G. Cornu, Vocabulaire juridique, *op. cit.* V. « Crédit » ; E. Umberto Goût et F.J. Pansier, Petit lexique juridique, *op. cit.* V. également « Crédit » ; F. Grua, Les contrats de base de la pratique bancaire, Litec 2001, n° 324 : le crédit au sens large se caractérise « de trois manières différentes : soit par la mise à disposition des fonds, soit par l'octroi d'un délai de paiement, soit par un engagement de garantie d'une dette » ; V. également en ce sens T. Bonneau, Droit bancaire, *op. cit.* n° 500 s. (l'auteur cite une série de crédits)..

¹⁰⁸⁷ V. en ce sens G. Cattalano-Cloarec, Le contrat de prêt, LGDJ 2015, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 564, n° 544 (pour la différence entre le prêt et la notion large du crédit). V. également, M. Vasseur, institution bancaire, fasc. I-A, in Droit et économie bancaires, Les cours du droit, 4^e éd. 1985-1986, p. 74 : « tout prêt est une opération de crédit, tout opération de crédit ne se ramène pas à un prêt » ; Com. 21 janv. 2004, Bull. civ. IV, n° 13 ; D. 2004, p. 498, obs. V. Avena-Robardet et p. 1149, obs. Ch. Jamin. : « l'ouverture de crédit, qui constitue une promesse de prêt (V. en ce sens T. Bonneau, *op. cit.* n° 501 s.), donne naissance à un prêt, à concurrence des fonds utilisés ».

¹⁰⁸⁸ T. Bonneau, *op. cit.* n° 517.

¹⁰⁸⁹ T. Bonneau, *ibid.*

¹⁰⁹⁰ T. Bonneau, *ibid.*

¹⁰⁹¹ V. Bouthinon-Dumas, *op. cit.* n° 241.

¹⁰⁹² V. Bouthinon-Dumas, *op. cit.* n° 224 *in fine*; *contra* J.L. Coudert, Le transfert des crédits en vertu de l'article 93, alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985, *op. cit.* ; *contra* P.M. Le Corre, La transmission de la charge de la sûreté en plan de cession, *op. cit.* p. 5 : pour l'auteur il faut « entendre par le terme crédit de façon beaucoup plus large que le terme prêt » ; V. également en ce sens Com. 9 janv. 2001, Bull. civ. IV, n° 1 ; D. 2001, AJ. p. 923 s. note V. Avena-Robardet

¹⁰⁹³ Le terme « prêt » est généralement plus utilisé dans le code de commerce et le terme « crédit » rarement. Un auteur rapporte en ce sens que ce dernier terme « n'est utilisé dans aucune autre disposition du droit des procédures collectives » (V. Bouthinon-Dumas, *op. cit.* n° 241).

¹⁰⁹⁴ Art. L. 622-28 C. com.

et susceptibles de la sorte d'aggraver l'engagement de la caution. La réponse est *a priori* négative dans la mesure où les différents types de crédits appartenant à cette catégorie ne participent pas au financement de l'entreprise. Il s'agit plutôt des crédits de trésorerie ou d'exploitation¹⁰⁹⁵ et les mobilisations de créance client¹⁰⁹⁶. En effet, ces crédits dont la durée est inférieure à un an ont pour vocation première de renforcer la trésorerie de l'entreprise afin de couvrir ses besoins spécifiques¹⁰⁹⁷. Par exemple le crédit d'exploitation est destiné à couvrir les besoins d'exploitation de l'entreprise emprunteuse. Il ne saurait, dans le cadre de la transmission de la charge des sûretés, participer à l'aggravation de l'engagement de la caution.

825. Ensuite, on se demandera s'il s'agit finalement des crédits à moyen ou long terme, lesquels sont protégés par les dispositions de l'article L. 622-28 du code de commerce. On répondra par l'affirmative à cette interrogation dans la mesure où ces crédits sont consentis au débiteur emprunteur pour lui permettre de financer le développement de son activité¹⁰⁹⁸. Il en est ainsi du crédit-bail et du prêt bancaire. Ces deux types de crédits à moyen et long terme sont majoritairement consentis à l'emprunteur dans l'optique du financement nécessaire à l'investissement en biens d'équipements ou dans la réalisation de travaux. En revanche, ils sont exclusivement à long terme, c'est-à-dire au-delà de sept ans lorsqu'ils sont affectés aux investissements immobiliers. Force est de constater que ces crédits semblent davantage correspondre à l'esprit de l'article L. 642-12 alinéa 4, quant à leur affectation.

826. Toutefois, si le crédit *stricto sensu* semble être du domaine de la transmission de la charge des sûretés, il n'en demeure pas moins que le crédit-bail doit en être exclu, car il fait l'objet de dispositions particulières du code de commerce en cas de cession du bien grevé¹⁰⁹⁹. De plus, le crédit-bail est généralement exclu de la notion de prêt à long terme dans le corpus juridique spécifique au droit des procédures collectives¹¹⁰⁰. Dès lors, il convient d'observer qu'il faut entendre le terme de « crédit » comme le prêt ou l'emprunt bancaire à long terme susceptible d'aggraver l'engagement de la caution qui l'a cautionné, encore faut-il que ce prêt soit affecté au financement du bien cédé dans le cadre du plan de cession.

¹⁰⁹⁵ C'est le cas du découvert bancaire, des facilités de caisse ou avance en trésorerie et de l'ouverture de crédit.

¹⁰⁹⁶ C'est notamment le cas de l'escompte commercial, de l'affacturage et du crédit Dailly.

¹⁰⁹⁷ T. Bonneau, *op. cit.* n° 501 s.

¹⁰⁹⁸ A. Martin-Serf, *comm. ss. Com.* 16 avr. 1991, *RTD com.* 1991, p. 664.

¹⁰⁹⁹ Art. L. 642-7 s. C. com.

¹¹⁰⁰ *Com.* 29 mai 2001, *JCP G* 2001, I, p. 1423, obs. M. Cabrillac; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 674; N. Picod, *op. cit.* n° 173; V. Bouthinon-Dumas, *op. cit.* n° 241; V. également A. Bénabent, *op. cit.* n° 1267.

II. L'affectation du prêt bancaire au financement de l'investissement du bien cédé

827. Il est nécessaire de préciser le terme « financement » car il est possible de financer un bien de plusieurs manières. On peut par exemple financer l'acquisition du matériel ou de l'outillage de l'entreprise. C'est notamment le cas d'une société d'imprimerie qui emprunte auprès d'une banque pour acheter du matériel d'imprimerie¹¹⁰¹, ou d'une auto-école qui suit la même voie pour acheter des véhicules nécessaires à son activité. A charge pour ces emprunteurs de respecter l'échéancier de remboursement. Ce prêt sera ici qualifié de prêt de financement d'un investissement, car il est accordé à une entreprise dans le but de lui permettre d'acquérir un bien nécessaire à l'exploitation de son activité.

828. Il est aussi possible de financer la rénovation d'un bien, de travaux. Il en est ainsi des travaux de rénovation énergétique ou de réaménagement intérieur d'un local commercial car pour séduire sa clientèle un commerçant peut solliciter un prêt bancaire ou un prêt participatif¹¹⁰² pour rendre son espace de vente chaleureux, accueillant, original ou dans l'air du temps. Le maintien de l'engagement de la caution concernera-t-il le prêt affecté au financement de l'acquisition, de la rénovation ou des travaux du bien grevé, cédé dans le cadre du plan de cession ?

829. Plusieurs auteurs¹¹⁰³ font une interprétation littérale du terme de « financement », lequel englobe les différents types de financement précédemment indiqués¹¹⁰⁴, de façon non exhaustive. Tandis que d'autres en font une interprétation stricte¹¹⁰⁵. Comme expressément indiqué par l'article 93 alinéa 2 de la loi du 25 janvier 1985¹¹⁰⁶, ces derniers suggèrent que le prêt bancaire, qui au demeurant n'est pas cédé à titre principal¹¹⁰⁷, doit être affecté à la seule acquisition d'un

¹¹⁰¹ Com. 13 avr. 1999, n° 837 P, Act. proc. coll. 999, n° 10, 11 juin 1999, n° 141; LPA 1999, n° 103, p. 11, note P.M. Le Corre ; RTD com. 1999, p. 964, note C. Saint-Alary-Houin.

¹¹⁰² Art. L. 313-13 s. C. mon. et fin. ; Il s'agit du *crowdfunding*. V. également en ce sens T. Bonneau, *op. cit.* n° 529.

¹¹⁰³ V. Bouthinon, *op. cit.* n° 240 (l'auteur cite de nombreux autres auteurs qui considèrent que la notion de financement de bien vise aussi bien son acquisition que ses travaux de rénovation ou de construction).

¹¹⁰⁴ V. *supra* n° 827 et 828.

¹¹⁰⁵ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1320 ; B. Soinne, Traité des procédures collectives, *op. cit.* n° 1755.

¹¹⁰⁶ Art. 93 al. 3 L. 25 janv. 1985 (devenu art. L. 642-12 al. 4 C. com.) : « le prix d'acquisition de l'outillage ou du matériel d'équipement professionnel » (Com. 3 avr. 2002 ; CA Caen, 16 mai 2002 ; Com. 23 nov. 1993, Bull. civ. IV, n° 420 ; D. 1994, IR. 18 ; JCP E 1994, I, 348, n° 3, obs. M. Cabrillac).

¹¹⁰⁷ Com. 13 avr. 1999, Bull. civ. IV, n° 87 ; D. 2000. 257, note Lipinski : le contrat de prêt des fonds intégralement remis à l'emprunteur avant l'ouverture de sa procédure collective ne peut être cédé au titre des contrats visés par l'article 86 de la loi du 25 janv. 1985 (devenu art. L. 642-7 C. com.) ; V. également CA Paris, 16 mars 1996, RJDA 1993, n° 659 ; CA Nîmes, 15 oct. 1992, JCP 1993. IV. 2339 : les contrats de prêt n'entrent dans aucune des catégories de contrats limitativement énumérés par l'article 86.

bien. La jurisprudence de la Cour de cassation semble avoir consacré cette interprétation même si elle exclut l'acquisition d'un bien incorporel¹¹⁰⁸, mais encore faut-il que la destination du prêt de financement soit précisée¹¹⁰⁹.

830. Il en résulte que la réunion de ces deux critères implique un traitement différencié de la caution qui a garanti le prêt bancaire de financement du bien grevé ayant fait l'objet d'une cession dans le cadre du redressement et de la liquidation judiciaires. Contrairement à l'engagement du débiteur initial, celui de la caution ne variera pas car elle devra garantir aussi bien les impayés antérieurs au plan que les impayés éventuels postérieurs à celui-ci.

B. L'extension de l'engagement de la caution aux remboursements dont le débiteur initial est déchargé

831. Dans le cadre du plan de cession, la caution a, à l'égard du créancier, les mêmes obligations que le débiteur-cédant, qu'elle a choisi, et que le cessionnaire, qui lui est imposé dans la procédure. Elle est garante non seulement des remboursements antérieurs, que le législateur laisse à la charge du débiteur-cédant, conformément à la règle de l'accessoire (I), mais aussi, contrairement à celle-ci, des remboursements postérieurs mis à la charge du cessionnaire (II).

I. La caution, et la garantie des remboursements antérieurs au plan de cession

832. Pour rappel, la caution s'engage envers le créancier à payer ce que doit le débiteur, si ce dernier ne peut le faire lui-même, conformément à l'article 2288 du code civil. La somme que doit payer la caution est celle que le débiteur doit au créancier¹¹¹⁰, ceci du point de vue du débiteur. En revanche, du point de vue du créancier, cela signifie que ce dernier ne peut appeler la caution en garantie que pour l'exécution d'une prestation que le débiteur lui doit. Cette règle de droit commun est généralement appliquée dans le cadre d'un plan de cession. La caution reste

¹¹⁰⁸ Com. 23 nov. 2004, Bull. civ. IV, n° 204; D. 2005, AJ. 142, obs. A. Lienhard; JCP E 2005, n° 10, p. 433, note P.M. Le Corre; RTD com. 2005, p. 596, obs. C. Saint-Alary-Houin; V. également, pour l'interprétation stricte de la notion de financement de bien : CA Metz, 4 juill. 1996, Rev. proc. coll. 1998, p. 402, note B. Soinne ; T. com. Paris, 9 fév. 2001, Banque et Dr. 2002, n° 83, p. 53 s., note J.L. Guillot.

¹¹⁰⁹ Com. 23 nov. 2004, préc. *supra* note 1103; RD banc. et fin. 2005, n° 17, note F.X. Lucas ; Banque et Dr. 2005, n° 99, p. 64, note N. Rontchevsky.

¹¹¹⁰ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 192.

tenu de toutes les obligations du contrat nées du chef du débiteur¹¹¹¹. C'est par exemple le cas des loyers échus antérieurement à la cession¹¹¹².

Pour plusieurs auteurs¹¹¹³, ce maintien de l'engagement de la caution repose sur la jouissance des lieux par le preneur initial. Le débiteur originaire ayant joui du bail avant qu'il ne soit transmis au cessionnaire doit payer les loyers qui se rattachent à cette jouissance. C'est dans ce sens qu'un auteur indique que « la caution demeure tenue de tout ce que, lors du transfert du contrat, devait le débiteur soumis à la procédure de redressement judiciaire »¹¹¹⁴.

833. Cette solution qui est conforme aux dispositions de l'article 2290 alinéa 1 du code civil est également retenue dans l'hypothèse des échéances antérieures du prêt transmis au cessionnaire conformément à l'alinéa 4 de l'article L.642-12 du code de commerce. En effet, tant que la cession n'est pas intervenue, le débiteur jouit seul des ressources générées par le prêt qu'il a reçu du banquier et que la caution a accepté de garantir. Le bien que le prêt a permis d'acquérir constitue la propriété du seul débiteur originaire. Il est logique que ce dernier supporte la charge des échéances du prêt qui lui a personnellement été consenti par le créancier. De même, sous l'angle de ce dernier, le débiteur est le seul dont il attend principalement une prestation résultant du prêt cédé, sous réserve des conditions de mise en œuvre du cautionnement. Même si le créancier peut recevoir le paiement de tiers, ces derniers effectuent ce paiement en considération de ce que le débiteur doit, et non pour leur compte personnel.

834. Aussi, sous l'angle du cessionnaire, on ne comprendrait pas que ce dernier paie les échéances antérieures à la cession, à moins qu'il décide volontairement de le faire. N'ayant pas profité directement ou indirectement du prêt cédé avant que celui-ci ne lui soit transmis, le cessionnaire n'est pas tenu au paiement des dettes nées du chef du cédant. A l'évidence, la charge des échéances du prêt cédé est liée à la propriété et à la jouissance du prêt cédé.

¹¹¹¹ Com. 12 oct. 1993, préc. *supra* note 1074.

¹¹¹² Com. 21 nov. 1995, D. A. n° 2/1996, p.45; RTD.com. 1996, p.347, obs. A. Martin-Serf; RJDA 2/96, n° 271, p. 194: « si la caution reste garante des loyers échus antérieurement à la cession, né du chef du débiteur cédé, elle ne garantit les loyers postérieurs dus par le cessionnaire, dont elle n'a pas garanti les obligations, à moins que, par un nouvel engagement, elle ait donné sa garantie au cessionnaire pour le paiement de ces loyers ».

¹¹¹³ R. Hallard, Cession : étendue de l'engagement de la caution, AJDI 2014, p.697.

¹¹¹⁴ F. Derrida, *op. cit.*, n° 2 ; V. également Com. 12 oct. 1993, préc. *supra* note 1074 ; Dr. et patr. 1994, p. 69, obs. B. Saint-Alary; JCP G 1994, I, 3744, n° 17, obs. Biliau ; Rev.dr. bancaire 1994, p. 134, n° 3, obs. Campana et Calendini ; Com. 14 fév. 1995, Rev.dr. bancaire 1995, p. 120 et 156, n° 4, obs. Campana et Calendini.

835. Dans ces conditions, eu égard au caractère accessoire de son engagement, la caution ne peut être exonérée du remboursement des échéances échues avant la cession, car c'est d'abord pour garantir la solvabilité du cédant qu'elle s'est engagée à l'égard du créancier cédé. Le débiteur cédant n'étant pas déchargé, il paraît logique et légitime de maintenir l'engagement de la caution au paiement des impayés antérieurement à la cession. En ce sens, le plan de cession n'aggrave pas l'engagement de la caution car son sort est aligné sur celui du débiteur.

836. Cette solution atteint simplement l'obligation de règlement de la caution, qui, convient-il de le rappeler, consiste pour la caution à payer les dettes échues du débiteur défaillant. Ce que constituent les échéances impayées du prêt transmis au cessionnaire. Le plan de cession n'emporte pas extinction de cette obligation. Néanmoins, si l'on considère que le sort de la caution doit être aligné sur celui du débiteur, ces précédentes observations permettent de planter le décor du rigoureux traitement que subit la caution en cas de transmission du prêt au cessionnaire. Elle ne rembourse pas seulement ce que le créancier attend de recevoir du débiteur, mais aussi ce qu'il attend désormais de recevoir du cessionnaire. Et c'est surtout parce qu'elle garantit ces remboursements postérieurs à la charge du cessionnaire que les conditions d'exécution de son engagement sont *a priori* aggravées.

II. La caution, et la garantie des remboursements postérieurs au plan de cession

837. Si l'on tient toujours compte de l'exemple ci-dessus à propos des loyers à échoir, la règle énoncée reçoit sa première limite dans le cadre du plan de cession, notamment du point de vue du créancier. Autrement dit, ce dernier attend de la caution l'exécution d'une prestation qui n'est plus à la charge du débiteur, mais plutôt du cessionnaire. Il s'agit des remboursements postérieurs au plan de cession et que le cessionnaire n'aurait pas honorés. Le changement de débiteur n'entraîne aucun changement dans la situation de la caution. Celle-ci doit payer la totalité de la dette du débiteur cédant alors que ce dernier en est déchargé d'une partie, que supporte le cessionnaire dès la cession effective du bien grevé. En revache, cette solution est différente de celle retenue dans l'hypothèse de la cession d'un crédit-bail, car, dans ce dernier, le maintien de l'engagement de la caution au bénéfice du repreneur est conditionné par sa volonté de maintenir sa garantie personnelle. Dans ce cas, elle prendrait un nouvel engagement vis-à-vis du créancier

et au bénéfice du cessionnaire conformément à la liberté contractuelle, mais aussi conformément aux dispositions de l'article 2290 du code civil.

838. Toutefois, pour justifier cette situation, l'on examine généralement la situation sous l'angle du créancier envers qui la caution s'est unilatéralement engagée. On considère de ce fait que les échéances à la charge du cessionnaire ne sont qu'une continuité de la créance du banquier. La substitution du nouveau débiteur à l'ancien n'emporte pas exonération de la caution de l'exécution de son engagement initial qui est de garantir tout le crédit que le créancier a consenti au cédant. En d'autres termes, l'engagement de la caution consiste à rembourser au créancier le montant du crédit octroyé au cédant. Une position qui se défend dans la mesure où, effectivement, la cession du prêt n'emporte pas extinction de l'obligation garantie par la caution. Il faut donc éviter que la transmission du prêt soit le moyen de ruiner les espoirs de recouvrement de la créance du banquier, et d'augmenter le risque d'insolvabilité du débiteur.

839. A ce titre, la Haute juridiction estime clairement, sous le visa de l'ancien article L.621-96 du code de commerce, que « bien que le cessionnaire soit tenu (...) de payer les échéances de remboursement du prêt, postérieures à la cession (...), la caution solidaire des engagements de l'emprunteur demeure tenue, dans les mêmes conditions que celui-ci, de rembourser l'intégralité de l'emprunt »¹¹¹⁵. La solution ici retenue cible l'obligation de couverture de la caution¹¹¹⁶. La durée de vie de l'engagement de la caution correspond à la durée de vie du prêt consenti à l'ancien débiteur. Or, si le débiteur initial s'est effacé, il convient de relever que le contrat sur la base duquel la caution s'est engagée n'a pas changé. Il en va ainsi de la dette cautionnée. Dès lors, la question qui pourrait naturellement se poser est celle de savoir à partir de quel moment un remboursement est considéré comme postérieur au plan de cession.

840. Sur celle-ci, il convient d'indiquer que la doctrine¹¹¹⁷, qui s'est peu ou prou intéressée à cette problématique, apporte des précisions. Un auteur indique ainsi, se prévalant d'un arrêt de la Cour de cassation, que, « sauf disposition contraire, c'est à la date de passation des actes nécessaires à la réalisation du transfert de propriété qu'intervient ledit transfert »¹¹¹⁸. Tant que ce transfert n'a

¹¹¹⁵ Com. 13 avr. 1999, préc. *supra* note 1054.

¹¹¹⁶ J.B. Seube, *op. cit.* n° 39.

¹¹¹⁷ P.M. Le Corre, La transmission de la charge de la sûreté en plan de cession, LPA 7 oct. 1994, n° 120, p. 8.

¹¹¹⁸ P.M. Le Corre, *ibid.*

pas eu lieu le débiteur reste tenu à l'égard du créancier de tout remboursement d'échéance. Et jusqu'à la passation de ces actes le sort de la caution est identique à celui du débiteur principal.

841. Les conditions d'exécution de l'engagement de la caution ne sont pas automatiquement aggravées à l'ouverture de la procédure et même à la date du prononcé de la cession. Néanmoins, dans la pratique, et dans les rapports du créancier et de la caution, la détermination de cette date aura peu d'intérêt dans la mesure où le créancier ne peut atteindre le débiteur dans ses tentatives de remboursement des échéances antérieures. Il est en effet limité par les règles majeures de la suspension des poursuites et de l'interdiction des paiements. Seule la caution *in bonis* est en mesure de lui permettre de recouvrer sa créance. Or, celle-ci n'est pas libérée après la cession du bien grevé. En principe la caution est garante de tout le remboursement du prêt, non seulement pour les échéances antérieures mais aussi pour celles postérieures. La détermination de la date revêt surtout une importance pour le cessionnaire, car elle lui permet de connaître les échéances à sa charge. Dès lors, on peut considérer que la transmission du cautionnement est logique même si cela peut paraître paradoxal à certains égards.

Paragraphe 2. La transmission paradoxalement logique du cautionnement

842. Il convient d'observer qu'il ne faut pas confondre la situation de la caution, dans le cadre de l'application de l'article L.642-12 du code de commerce (ancien article 93 de la loi de 1985), et celle issue de l'application de l'article L642-7 du même code (ancien article 86 de la même loi) qui consacre la cession forcée de contrats. En effet, les dispositions de l'article 86 donnent au juge le pouvoir de céder des contrats non pas à titre accessoire mais à titre principal¹¹¹⁹. Dans ce cas, il est de principe que le cautionnement ne peut faire l'objet d'une cession forcée au profit du cessionnaire¹¹²⁰, au même titre que le contrat de prêt¹¹²¹. Ces deux contrats n'entrent dans aucune catégorie de contrats limitativement énumérés par l'article 86.

¹¹¹⁹ Ces contrats sont judiciairement cédés afin de maintenir l'activité de l'entreprise en difficulté. On estime en effet que pour maintenir l'entreprise en vie il est nécessaire de céder certains contrats dans l'espoir d'améliorer sa situation financière et économique.

¹¹²⁰ Com., 12 oct. 1993, D. 1994, Jur. p. 353, note Playoust ; JCP. E 1994, I, 348, n° 2, obs. Cabrillac et Pétel ; Defrénois 1994, p. 1237, obs. Sénéchal ; Com. 21 nov. 1995, D. 1997, Somm. p. 5, obs. Derrida ; JCP 1996, II, n° 22635, note Jamin et Billiau ; Com. 10 juill. 2001, n° 98-14.462 ; D. 2001, p. 2595, note A. Lienhard.

¹¹²¹ CA Paris, 16 mars 1993, RJDA 1993, n° 659 ; CA Nîmes, 15 oct. 1992, JCP 1993, IV, 2339.

843. Une fois ce préalable posé, il y a lieu d'indiquer que, pour répondre à notre problématique, plusieurs auteurs ont avancé des thèses variées dont les plus traditionnelles reposent essentiellement sur deux principes de droit commun qui lient le sort de la caution au sort personnel du débiteur. Il s'est agi, dans un premier temps, du caractère *intuitu personae* du cautionnement. L'idée consistait à dire que la caution s'engage en considération du débiteur, en qui elle a confiance, pour exécuter son obligation. Par conséquent, le changement de débiteur impliquerait nécessairement celui de la caution. Dans un second temps, le plan de cession dans les procédures collectives était considéré comme ayant un effet novatoire, ce qui, conformément à l'ancien article 1287 du code civil, impliquait la décharge accessoire de la caution.

844. Cependant, précisément dans le cadre des procédures collectives, ces fondements traditionnels sont rejetés par la jurisprudence française¹¹²², et rien ne semble s'opposer à la transposition de cette solution prétorienne en droit OHADA. Le cautionnement est accessoirement transmis avec le prêt qu'il garantit, lequel est, à son tour, également, accessoirement transmis avec la cession du bien grevé dont il a permis de financer l'acquisition. Dans ce contexte, bien que la cession de ce bien soit de nature à aggraver les conditions d'exécution de l'obligation de la caution, il n'en demeure pas moins que cette transmission paraît logique *in fine* eu égard à la nature des échéances de remboursement d'un prêt de façon générale.

Afin d'aller dans le sens de la logique de la transmission du cautionnement au cessionnaire, il y a lieu d'observer que celle-ci est due à l'assimilation des remboursements des échéances postérieures du prêt transmis à une créance antérieure (B), mais aussi au rejet des fondements traditionnels de libération de la caution par changement de débiteur (A).

A. Le rejet des fondements traditionnels de libération de la caution

845. Traditionnellement, le changement de débiteur dans la relation garantie par la caution est un terrain d'opposition entre deux principaux courants d'opinion. D'un côté, l'opinion favorable à la libération de la caution, au même titre que le débiteur. Au soutien de cette opinion, compatible avec la théorie de l'accessoire, les auteurs évoquent le caractère *intuitu personae* du cautionnement. L'idée est de considérer que la caution s'est engagée en considération du débiteur

¹¹²² V. *infra* n° 847 s.

initial et non du cessionnaire de sorte que sa libération implique la sienne. Cette opinion n'hésite pas également à faire état du régime de la novation qui permet également de libérer la caution en cas de libération du débiteur. De l'autre, une opinion contraire soutient le maintien de l'engagement de la caution, nonobstant le changement de débiteur. Pour ces auteurs, le changement de débiteur ne consiste pas en un changement d'obligation encore moins en une novation. La caution continue à garantir la même obligation, pour laquelle elle s'est engagée envers le débiteur initial.

846. La jurisprudence française a rendu des arrêts en faveur de cette opinion, la pratique des procédures collectives aussi. Le raisonnement adopté consiste notamment en un rejet pur et simple du fondement de l'*intuitu personae* du cautionnement (I) et de celui de la novation (II).

I. Le rejet du fondement de l'*intuitu personae* du cautionnement

847. Notion difficilement saisissable, et non définie dans le code civil, l'*intuitu personae* est souvent évoqué dans la formation du contrat comme étant un élément décisif de l'engagement d'au moins une des parties. En cela, on peut définir l'*intuitu personae* comme la prise en compte de la personne du cocontractant ou d'une tierce personne intéressée au contrat. Généralement appliquée aux garanties personnelles, et particulièrement au contrat de cautionnement, la notion d'*intuitu personae* signifie que la caution s'engage unilatéralement à garantir la dette du débiteur non seulement en fonction de la situation de celui-ci, mais aussi en fonction de la qualité du créancier dans une moindre mesure. C'est donc « moins en considération de la dette que de la personne du débiteur »¹¹²³ que la caution s'engage vis-à-vis du créancier.

848. Pour la doctrine, ce caractère *intuitu personae* du cautionnement constitue un obstacle au maintien de l'engagement de la caution lorsque le débiteur est libéré suite à une cession¹¹²⁴. Autrement dit, pour plusieurs auteurs le changement de débiteur implique la libération de la caution¹¹²⁵ au même titre que le débiteur. Ce qui évite à la caution d'être plus durement traitée

¹¹²³ Saleilles, De la cession de dettes, Ann. dr. com. 1890, doctr. 1, v. spec. p. 26, n° 25.

¹¹²⁴ *Contra* : Com. 17 mars 1992, n° 90-17.364, Bull. civ. IV, n° 120 ; E. Robinot et M.A. Lafortune, Le cessionnaire peut-il se substituer toute personne de son choix pour exécuter le plan de redressement de son entreprise ? Gaz. Pal. 1990, 1, doctr., note 1.

¹¹²⁵ Saleilles, *op. cit.* n° 25 ; Ch. Lapp, Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier, préf. J. Radouant, Th. Strasbourg, 1950, p. 81, n° 55 ; O. Maira Lamas, La cession de contrat en droit comparé, Th. Paris, 1960, p. 109 ; Ch. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, *op. cit.* n° 318.

que le débiteur principal. Si, à notre connaissance, la question n'a pas été abordée dans le cadre spécifique de la transmission du prêt au sens de l'ancien article 93 de la loi du 25 janvier 1985, c'est essentiellement sur le terrain de la cession de contrat¹¹²⁶ (notamment au sens de l'ancien article 86 de la loi de 1985) et de la cession de dette qu'elle a été éprouvée.

849. A ce propos, un auteur estimait par exemple que la caution fournissait une garantie au débiteur plus en considération de sa personne que celle de la dette de sorte qu'elle disparaît lorsque le débiteur disparaît¹¹²⁷. Un autre auteur parvint à la même conclusion en estimant qu'« on ne peut imposer à un individu qui a garanti la dette d'un débiteur déterminé, de garantir par la suite cette même dette, lorsqu'elle reposera sur la tête d'un nouveau débiteur »¹¹²⁸. Cette opinion correspond parfaitement au principe sur lequel s'est construite la règle de l'accessoire, à savoir que l'accessoire suit le principal. Pour rappel, à l'origine, le contrat de cautionnement est un contrat qui se forme d'abord sur la base d'une relation amicale entre la caution et le débiteur. Ce qui lui a traditionnellement valu l'appellation de « contrat d'ami ». Le tiers-caution pouvait également intervenir en raison de la filiation existant entre lui et le débiteur. Par exemple, il n'était pas rare qu'un père se porte caution pour son fils débiteur.

850. Cette considération de la personne du débiteur peut également se vérifier lorsque cette dernière est une personne morale. Il est en effet fréquent que le dirigeant social se porte garant pour la société dont il a la gestion et dont il est supposé connaître l'état de solvabilité. On ne pourrait demander effectivement à ce dernier de garantir la même dette, alors qu'elle repose sur la tête d'un autre débiteur sans aggraver sa situation ou les conditions d'exécution de son obligation. Pourtant, déjà dans le contexte d'application de l'article 86, il convient de relever que la jurisprudence¹¹²⁹ considérait que le caractère *intuitu personae* d'un contrat ne constitue pas un obstacle à sa cession, à plus forte raison à sa transmission. Par exemple, il a été jugé que l'*intuitu personae* d'un contrat de franchise n'était pas un obstacle à sa cession¹¹³⁰. Il en est de même du contrat de licence d'exploitation de brevet¹¹³¹ ou de sponsoring sportif¹¹³².

¹¹²⁶ E. Jeuland, Cession de contrat, D. juin 2010, n° 20 s. (actualisation avr. 2017).

¹¹²⁷ Saleilles, *op. cit.* n° 25.

¹¹²⁸ Ch. Lapp, *op. cit.* n° 55.

¹¹²⁹ CA Versailles, 23 juin 1988, Gaz. Pal. 1989, I, somm. 112 ; CA Colmar, 13 juin 1990, D. 1991, p. 97, note Fabiani ; CA Poitiers, 20 avr. 1988, Gaz. Pal. 1989, I, somm. 111.

¹¹³⁰ CA Versailles, 23 juin 1988, *préc. supra* ; *contra* (en redressement judiciaire) : CA Paris, 15 déc. 1992, D. 1993 ? IR. 45 ; JCP 1994, II, p. 22205, note Jamin ; JCP E 1993, I, p. 275.

¹¹³¹ CA Colmar, 13 juin 1990, D. 1991, p. 97, note Fabiani.

851. A l'évidence, le caractère *intuitu personae* semble n'avoir jamais vraiment pesé dans la détermination du maintien de l'engagement de la caution en cas de transmission du cautionnement au sens de l'ancien article 93 de la loi de 1985. Ce caractère ne semble pas nécessaire dans ce contexte. Du moins, pas plus que le caractère novatoire du plan de cession qui a davantage mobilisé doctrine et jurisprudence. Celle-ci rejette notamment l'argument fondé sur l'effet novatoire de la transmission du prêt¹¹³³.

II. Le rejet de l'effet novatoire de la transmission du prêt

852. La novation est un mode d'extinction de l'obligation principale lorsque le créancier manifeste sa volonté de libérer le débiteur¹¹³⁴. Elle implique non seulement la création d'une nouvelle obligation, mais aussi la libération accessoire de la caution sans distinction¹¹³⁵. Néanmoins, cette libération ne vaut que pour l'avenir car toutes les dettes antérieures sont supportées par le débiteur initial, de telle sorte que l'obligation de règlement de la caution est maintenue, sous réserve du consentement de celle-ci au report du cautionnement sur la nouvelle obligation¹¹³⁶.

853. L'effet libératoire de la novation à l'égard de la caution dans les conditions bien déterminées du code civil, notamment en cas de changement de débiteur, a conduit certains praticiens du droit à l'assimiler à l'opération de transmission au cessionnaire du prêt ayant permis l'acquisition du bien grevé qui lui a été cédé dans le cadre du plan de cession. Cette solution favorable à la caution, en ce sens qu'elle n'aura pas à payer les dettes qui ne sont pas à la charge du débiteur originaire, est pourtant rejetée par la jurisprudence¹¹³⁷.

854. Sur le fondement de l'ancien article 86 de la loi du 25 janvier 1985, il était généralement admis que « la cession du contrat par le jugement arrêtant le plan n'avait pas emporté novation de celui-ci, de sorte que le remboursement des échéances du prêt liant désormais la banque et le cessionnaire continuait à être garanti par la caution ». C'est également ce que décide un arrêt de

¹¹³² CA Poitiers, 20 avr. 1988, Gaz. Pal. 1989, I, somm. 111.

¹¹³³ Com. 13 avr. 1999, préc. *supra* n° 1054.

¹¹³⁴ Ph. Malaury, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1441.

¹¹³⁵ Art. 1334 al.1 C. civ.

¹¹³⁶ Ph. Malaury, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1449.

¹¹³⁷ Com. 13 avr. 1999, préc. *supra* note 1054.

la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 27 février 2007¹¹³⁸ comme plusieurs autres¹¹³⁹.

855. Cette solution constante de la jurisprudence est partagée par un auteur qui en tire la conséquence principale pour la caution dont l'engagement est maintenu « pour répondre des dettes qui deviendraient exigibles sous la gestion du cessionnaire¹¹⁴⁰. En d'autres termes, l'absence d'effet novatoire du plan de cession, y compris de la transmission du prêt, a pour conséquence que le seul changement de débiteur ne suffit pas à produire un effet novatoire au sens du droit commun. Il s'agit d'une logique générale des procédures collectives en cas de cession conformément à l'article L. 642-7 alinéa 3 du code de commerce. Aux termes de celui-ci, les contrats cédés « doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire ».

856. En application de l'adage « qui peut le plus, peut le moins », il y a lieu de considérer que les contrats cédés accessoirement, ou ceux simplement transmis, vont également s'exécuter aux conditions initiales. La cession de contrat, encore moins sa transmission, n'emporte pas novation. C'est dans ce sens qu'un auteur indique que le concept de cession est exclusif de celui de novation¹¹⁴¹. C'est ce que rappelle un récent arrêt de la Cour de cassation du 29 septembre 2016¹¹⁴². Pour les Hauts magistrats, le plan de cession n'entraîne pas d'effet novatoire notamment faute de consentement du créancier et du repreneur, ainsi que l'indique également un auteur¹¹⁴³. Avant cet arrêt, plusieurs autres décisions avaient déjà retenu cette solution en droit français¹¹⁴⁴, que l'on devrait appliquer sans grande difficulté en droit OHADA.

857. L'absence de novation du plan de cession signifie que le changement de débiteur n'a pas entraîné l'extinction de l'obligation du débiteur d'origine et par conséquent aucune nouvelle obligation ne s'est substituée à cette dernière au point de le libérer à l'égard de son créancier. De

¹¹³⁸ Com. 27 fév. 2007, n° 03-12363.

¹¹³⁹ Com. 12 oct. 1993, n° 91-17.128; JurisData n° 1993-002413; D. 1994, p. 353, note O. Playoust ; JCP G 1994, I, 3765, obs. Ph. Simler et P. Delebecque ; JCP E 1994, I, 348, n° 2, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; Rev. proc. coll. 1993, p. 512, obs. B. Soinne ; Defrénois 1994, p. 1237, obs. J.P. Sénéchal.

¹¹⁴⁰ J.L. Coudert, Procédures collectives : la caution est-elle encore engagée après la prise en charge d'un contrat de prêt par un cessionnaire ? LPA 10 juin 1994, n° 117, p. 10.

¹¹⁴¹ Ph. Simler, Régime général des obligations, J.-LC civ. 2016, Fasc. n° 25, 6 déc. 2016, n° 30.

¹¹⁴² Com. 29 sept. 2015, n° 14-17.946; JurisData n° 2004-026286; Act. proc. coll. 2015-18, alerte 285 ; V. également en ce sens Com. 9 fév. 2016, n° 14-23.219 ; JurisData n° 2016-002010.

¹¹⁴³ Th. Stefania, L'étendue du cautionnement d'un prêt en cas de prise de la dette bancaire par le cessionnaire, JCP E 2016, n° 19, p. 20.

¹¹⁴⁴ Com., 27 févr. 2007, préc. *supra* note 1138.

ce point de vue, l'absence de libération de la caution se justifie pleinement. Elle constitue une évidence : la caution a garanti une dette qui n'est ni éteinte, ni abandonnée, ni remplacée par une autre. La dette due par le débiteur cédant est la même que celle qui pourrait lui être réclamée par le créancier en cas de défaillance du cessionnaire. De même, la novation entraîne la libération du débiteur et par ricochet celle de la caution lorsque le créancier a expressément manifesté sa volonté non équivoque de libérer le débiteur conformément au nouvel article 1330 du code civil.

858. Le rejet de ces fondements traditionnels de la décharge de la caution dans le droit des procédures collectives, et dès lors le maintien de l'engagement de la caution, semblent révéler une cohérence eu égard à la qualification de créance antérieure attribuée aux remboursements des échéances d'un prêt d'une manière générale.

B. L'assimilation des remboursements des échéances postérieures du prêt à une créance antérieure

859. La contestation des fondements, qui militaient en faveur de la libération de la caution en cas de changement de débiteur, a permis de mettre en exergue la nature des échéances de remboursement du prêt. C'est en considération de celle-ci que plusieurs auteurs ont fini par justifier le maintien de l'engagement de la caution, les échéances de remboursement, mises à la charge du cessionnaire, sont des créances antérieures à l'ouverture de la procédure de sorte qu'elles demeurent garanties par la caution. La caution ne s'engage pas pour une nouvelle obligation, ce qui justifie le rejet de la novation, mais pour une créance ancienne, née avant la transmission de bien grevé. Autrement dit, les échéances transmises au cessionnaire ne sont pas éteintes à l'égard de la caution.

860. Le maintien de l'engagement de la caution semble légitime, dès lors que le contrat de prêt, à la différence du bail, s'exécute d'un trait, son existence ne dépend pas des échéances. Celles-ci sont considérées, par un auteur, comme de simples modalités d'exécution de l'obligation de restitution qui incombe au débiteur-cédant¹¹⁴⁵. Nonobstant leur transmission au cessionnaire, les échéances postérieures à la transmission du prêt ne constituent pas une dette nouvelle du cessionnaire à l'égard du créancier-cédé. Pour le justifier, la doctrine s'appuie généralement sur

¹¹⁴⁵ J.L. Coudert, *op. cit.* p. 11.

l'antériorité du fait générateur de la créance de remboursement qui se réalise dès la remise des fonds à l'emprunteur.

861. Pour bien comprendre ce point de vue, il faut distinguer les échéances de remboursement d'un prêt, des loyers d'un bail, contrat à exécution successive. La créance dans le cadre de ce dernier naît au fur et à mesure de son exécution, raison pour laquelle, dans le cadre des procédures collectives, la caution ne garantit en principe que les créances nées de l'occupation du bien par le débiteur initial. Le changement de débiteur, implique, par ricochet, la libération de la caution pour les loyers postérieurs et à la charge du cessionnaire. A l'inverse, pour la caution, son obligation ne se limite pas, comme pour le cédant et le cessionnaire, à la distinction entre les échéances antérieures ou postérieures au plan, mais bien au titre de créances antérieures au plan.

862. Si pour plusieurs auteurs, la date de naissance de la créance de remboursement des échéances de prêt est fixée dès la remise des fonds¹¹⁴⁶, c'est aussi à cette date qu'il convient de limiter l'obligation de paiement et de couverture de la caution. C'est pour garantir ces fonds remis au débiteur que la caution s'engage envers le créancier. Par conséquent le transfert du prêt n'a pas d'impact sur l'engagement de la caution à partir du moment où le droit des procédures collectives limite généralement son engagement aux créances antérieures au plan.

863. Par ailleurs, l'obligation de couverture de la caution justifie parfaitement cette extension de l'engagement de la caution aux échéances postérieures du prêt. Les sommes dues au titre de ces échéances postérieures constituent le point d'ancrage du traitement différencié de la caution et du débiteur cédant. C'est essentiellement par rapport au paiement de ces sommes que la caution sera plus durement traitée que le cédant, même si dans la pratique le montant à honorer est parfois moins important que celui déjà payé par le cédant et le cessionnaire.

864. Aussi, dans la mise en œuvre de ce traitement différencié de la caution et du débiteur - cédant, il convient de relever l'impact de la déclaration des créances sur l'obligation de la caution dans leur relation triangulaire. En effet, comme toute créance antérieure, l'échéance postérieure de remboursement du prêt transmis doit, préalablement, être déclarée à la procédure du débiteur initial pour que l'action du créancier à l'égard de la caution soit plus efficace¹¹⁴⁷. A ce titre, jadis, avant les dernières réformes majeures du droit des procédures collectives, le défaut de déclaration

¹¹⁴⁶ T. Stefania, *op. cit.* p. 21 ; A.S. Algadi, *op. cit.*, p. 59 et 60.

¹¹⁴⁷ V. en ce sens obs. A. Martin-Serf sous Com. 20 juin 1995, RTD com. 1996, p. 339.

faisait perdre au créancier sa créance, ce qui pouvait atténuer la rigueur de la mise en œuvre du cautionnement en cas de transmission du prêt en application des dispositions de l'ancien article 93 de la loi du 25 janvier 1985. Le défaut de déclaration faisait perdre en principe au créancier sa créance de restitution. Dans ces conditions, ainsi que cela a été observé, « la caution était tenue de s'acquitter de son obligation sous réserve que le créancier eût bien déclaré sa créance afférente aux échéances de prêt (...) »¹¹⁴⁸.

865. Désormais, en France, depuis la loi de sauvegarde de 2005, et dans l'espace OHADA, depuis la réforme de l'AUPC de 2015, la rigueur du traitement de la caution s'est accrue car le défaut de déclaration de la créance n'est plus sanctionné par l'extinction de la créance, mais par une simple inopposabilité. La caution ne peut s'en prévaloir. Il en résulte, pour la caution, une double aggravation de sa situation ; non seulement elle subit un appauvrissement de ses droits par la suppression de l'avantage inhérent à l'ancienne sanction du défaut de déclaration, mais en plus elle est tenue d'honorer son obligation alors même que le débiteur initial est théoriquement déchargé de son obligation par l'effet de la cession.

866. Dans tous les cas, malgré l'obligation du créancier, et non du cessionnaire¹¹⁴⁹, de déclarer les échéances de prêt à la procédure, ce dernier pourra toujours les opposer à la caution car ces échéances de prêts constituent des créances antérieures à l'ouverture de la procédure. La caution est tenue de garantir le remboursement de tout le prêt. C'est dans ce sens que la Cour de cassation décide que la cession du matériel nanti par le jugement arrêtant le plan implique le remboursement des échéances postérieures à la cession par la caution¹¹⁵⁰, en plus de celles à la charge du débiteur initial¹¹⁵¹.

867. Cependant, dans ce contexte on peut se demander si, plus que par le passé, la caution n'aurait pas intérêt à invoquer un autre moyen de défense, fondé sur le préjudice que lui causerait le défaut de déclaration de créance, car celui-ci n'est pas sans effets sur ses droits. Autrement dit,

¹¹⁴⁸ N. Picod, *op. cit.* n° 115.

¹¹⁴⁹ Com. 20 juin 1995, Bull. civ. IV, n° 188, p. 174 ; JCP G 1995. IV. 2031, et JCP G 1996. I. 3896, n° 6, obs. Ph. Pétel ; Dr. sociétés sept. 1995, n° 163, p. 10, note Chaput : les Hauts magistrats décident de casser l'arrêt de la cour d'appel d'Angers qui avait rejeté la déclaration à titre privilégié de la société créancière, au motif que les échéances des prêts concernant l'acquisition d'un matériel compris dans la cession de l'entreprise incombaient à la société cessionnaire.

¹¹⁵⁰ Com. 13 avr. 1999, Bull. civ. IV, n° 87 ; LPA 25 mai 1999, p. 10, note P.M. ; JCP E 1999, p. 1533, n° 11, obs. M. Cabrillac.

¹¹⁵¹ Com. 9 fév. 2016, n° 14-23219.

la caution pourrait-elle se réfugier derrière l'impossibilité pour elle d'être subrogée aux droits du créancier¹¹⁵² négligent, pour se soustraire à son engagement à l'égard de ce dernier. En effet, conformément aux dispositions de l'article 2314 du code civil, la caution peut invoquer l'exception de défaut de subrogation pour se libérer de son obligation, à condition que celle-ci ait notamment subi un préjudice¹¹⁵³. La jurisprudence considère par exemple comme préjudice le fait que la caution, qui aurait pu tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes, ne puisse plus l'être¹¹⁵⁴. Cela implique qu'une procédure collective soit préalablement ouverte à l'encontre du débiteur.

868. L'hypothèse retenue ici est celle dans laquelle la caution paie les échéances portées à la charge du débiteur en difficulté car le créancier cédé est supposé avoir effectué la déclaration avant la cession du bien grevé. Dans ce cas, la caution est subrogée aux droits que le créancier détient sur le débiteur initial¹¹⁵⁵. Pour que la caution soit subrogée aux droits du créancier à l'égard du cessionnaire, il faudrait que celui-ci fasse à son tour l'objet d'une procédure collective. Dans cette hypothèse, la caution devra démontrer que la négligence du créancier cédé la prive de la participation aux dividendes et aux répartitions, un droit préférentiel au sens de l'article 2314 du code civil ainsi que l'indique titre un auteur¹¹⁵⁶. Néanmoins, il n'est pas rare que la dette payée par la caution, subrogée aux droits du créancier, varie.

¹¹⁵² La subrogation est le fait pour la caution qui a intégralement payé la dette du débiteur de se substituer aux droits du créancier envers lequel elle était engagée.

¹¹⁵³ Civ. 1^{ère}, 24 oct. 2006, Bull. civ. I, n° 436; D. 2006, AJ 2908, obs. V. Avena-Robardet; Com. 25 nov. 2008, Bull. civ. IV, n° 198; D. 2009, AJ 15, obs. V. Avena-Robardet; RLDC 2009/56, n° 3259, obs. Marraud des Grottes. V. également Civ. 1^{ère}, 25 juin 1980, Bull. civ. I, n° 197 : dans le cadre d'une liquidation judiciaire, il incombe à la caution de démontrer que, sans la faute du créancier, elle aurait pu tirer un profit effectif des droits susceptibles de lui être transmis par la subrogation.

¹¹⁵⁴ Com. 12 juill. 2011, Bull. civ. IV, n° 118; D. 2011, Actu. 1894, obs. A. Lienhard; RTD.com. 2011. 625, obs. D. Legeais (le défaut de déclaration n'est pas une exception inhérente à la dette); Com. 19 fév. 2013, Bull. civ. IV, n° 26 ; D. 2013. 565, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 1706, obs. P. Crocq ; RTD. civ. 2013, 416, obs. P. Crocq; RTD com. 2013. 346, obs. A. Martin-Serf ; V. également F. Reille, Universalité du bénéfice de subrogation dans le monde des cautions, Bull. Joly Ent. Diff. juill. 2013, n° 4.

¹¹⁵⁵ Cette question fera l'objet de développements ultérieurs.

¹¹⁵⁶ E. Le Corre Broly, Exception de subrogation de la caution en l'absence de déclaration de la créance et plan de redressement, Gaz. Pal. 2012, n° 119, p. 10.

CHAPITRE 2. LA VARIATION DU MONTANT DE LA DETTE A PAYER PAR LA CAUTION *IN BONIS*

869. Il est généralement admis que l'engagement de la caution est l'engagement même du débiteur¹¹⁵⁷, c'est-à-dire que la caution est tenue de payer au créancier la somme que lui doit le débiteur principal. Par principe, cet engagement de la caution ne peut être supérieur à celui du débiteur¹¹⁵⁸, conformément aux dispositions de l'article 2290 du code civil et de l'article 17 alinéa 3 AUS. Dans la limite de son engagement, la caution paiera au créancier, non seulement le principal, mais aussi ses accessoires, comme le suggère précisément l'Acte uniforme portant organisation des sûretés¹¹⁵⁹. Autrement dit, le montant que paiera la caution *in bonis*, comme tout débiteur, correspondra au montant du principal et s'il y a lieu, des intérêts et des frais de procédure¹¹⁶⁰, en cas de poursuites et dans la limite du montant cautionné dans l'hypothèse d'un cautionnement défini¹¹⁶¹.

870. Les accessoires de la dette du débiteur sont de nature à augmenter ce que devait initialement celui-ci à son créancier. En cas de prêt, le débiteur paiera les intérêts légaux ou conventionnels en fonction des fonds qu'il aura reçus de son banquier¹¹⁶². Toutefois, contrairement aux frais de procédure, qui sont ponctuels et fixes, les intérêts affectent la dette du débiteur principal dans le temps tant qu'il n'aura pas payé le créancier. Ils vont augmenter son passif.

871. Cet effet paraît *a priori* incompatible avec l'ouverture d'une procédure collective, tant celle-ci implique le gel du passif du débiteur en difficulté¹¹⁶³ afin d'aborder au mieux son redressement et le paiement de ses créanciers. Les législateurs français et africain décident que l'ouverture des

¹¹⁵⁷ M. Bourassin, V. Brémond, *op. cit.* n° 202.

¹¹⁵⁸ V. également M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 202 s.

¹¹⁵⁹ Art. 32 al. 1 AUS.

¹¹⁶⁰ Civ. 2^e, 22 juin 2017, n° 16-18.901 ; Gaz. Pal. 31 oct. 2017, p. 72, obs. L. Lauvergnat : les frais de poursuite sont l'accessoire de la dette pour le paiement de laquelle a été diligentée la procédure de saisie immobilière ; dès lors, le créancier saisissant, bien qu'ayant été désintéressé des causes du commandement en principal par le saisi, est fondé à continuer les poursuites de saisie immobilière contre celui-ci tant qu'il n'a pas obtenu le règlement desdits frais.

¹¹⁶¹ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 206 s.

¹¹⁶² A titre d'exemple, considérons qu'une personne emprunte une somme de 50.000 euros auprès d'une banque. Ce montant correspond à son capital. A supposer que la banque pratique un taux d'intérêt de 5%, la somme totale due par le débiteur à cette banque sera de 50.000 euros de capital + 2.500 euros d'intérêts (y compris les frais divers).

¹¹⁶³ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 735.

procédures curatives et de la sauvegarde¹¹⁶⁴ emporte l'arrêt du cours des intérêts des créances nées antérieurement. En d'autres termes, les intérêts en cours au jour du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires ou de liquidation des biens sont arrêtés¹¹⁶⁵ ou plus exactement sont éteints¹¹⁶⁶, de sorte que ceux déjà échus sont dus par le débiteur et ceux non échus ne peuvent plus lui être réclamés.

872. Cette règle classique du droit des procédures collectives, d'origine prétorienne¹¹⁶⁷, a traversé le temps, mais a substantiellement varié au gré des réformes du droit français des procédures collectives. Elle a été codifiée pour la première fois par la loi du 13 juillet 1967¹¹⁶⁸ en droit français et en 1998¹¹⁶⁹ pour le droit OHADA, avant de connaître un changement profond, à partir de la réforme de 1985¹¹⁷⁰ jusqu'à celle de 2005¹¹⁷¹, en droit français, et de l'AUPC de 2015¹¹⁷², en droit OHADA. Au-delà du fait qu'elle favorise la connaissance du passif du débiteur¹¹⁷³, comme la déclaration des créances, ou la déchéance du terme, l'arrêt du cours des intérêts permet d'éviter que ces derniers augmentent le passif du débiteur déjà en difficulté. Si ces « intérêts

¹¹⁶⁴ Art. L. 622-28 al.1 C. com.

¹¹⁶⁵ Com. 20 juin 2000, n° 97-11.122, Bull. civ. IV, n° 129; D. 2000. AJ 368, obs. Pisoni ; JCP E 2001. 220, n° 14, obs. M. Cabrillac ; V. également F. Pérochon, *op. cit.*, n° 633; M. Jeantin et P. Le Cannu, *op. cit.*, n° 826.

¹¹⁶⁶ V. en ce sens J. Valansan, Arrêt du cours des intérêts, JCL 2016, fasc. n° 2362 (Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires-situation des créanciers), n° 13 à 15.

¹¹⁶⁷ Cass. req., 14 juill. 1829 : S. 1829, 1, p. 324 ; Cass. req., 2 avr. 1833 : S. 1833, 1, p. 378.

¹¹⁶⁸ Art. 39 L. 13 juill. 1967 : le « jugement arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège spécial, par un nantissement ou par une hypothèque. Les intérêts des créances garanties ne peuvent être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilège, à l'hypothèque ou au nantissement ». Il en résultait une règle restrictive de l'arrêt du cours des intérêts, qui ne s'appliquait pas *erga omnes*, mais s'imposait à la seule masse des créanciers (Com. 17 nov. 1975, Bull. civ. IV, n° 266) que la loi de 1985 a supprimée. Elle ne s'appliquait donc *a priori* ni aux créanciers privilégiés (avant la réforme du droit des obligations : Le créancier privilégié qui avait reçu un paiement partiel pouvait conformément aux dispositions de l'ancien article 1254 du code civil, imputer la somme reçue d'abord sur les intérêts de sa créance, et produire ensuite pour le solde ainsi déterminé. V. en ce sens, Civ. 13 juill. 1896, D. 1897.I.150 ; CA Nancy, 28 mai 1935, D.H. 1935. 406 ; CA Paris, 2 fév. 1983, D. 1983. IR. 341, obs. Honorat ; Com. 22 juill. 1986, D. 1986. IR. 416, obs. Honorat), ni au débiteur (Civ. 17 fév. 1893, D.P. 93. I, 537, note Boistel ; S. 94. I. 113, note Labbé ; Civ. 24 mai 1943, D.A. 1943. 65 ; Com. 17 nov. 1975, Bull. civ. IV, p. 219). Ce qui signifiait que le débiteur n'était pas définitivement déchargé du paiement de sa dette d'intérêts, le créancier pouvant demander le paiement des intérêts ayant été arrêtés en cas de retour à meilleure fortune du débiteur).

¹¹⁶⁹ Art. 77 AUPC.

¹¹⁷⁰ Art. 55 L. 25 janv. 1985 : le « jugement d'ouverture du redressement judiciaire arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus » ; v. également, M. Jeantin et P. Le Cannu, *op. cit.* n° 398 et 815; M. Juglart et B. Ippolito, *Traité de droit commercial-Procédures collectives de paiement*, t.6, par E. Kerckhove, Montchrestien 1998, 3^e éd, n° 539, p. 289.

¹¹⁷¹ Art. L. 622-28 al. 1 C. com.

¹¹⁷² Art. 77 AUPC (ajout d'un alinéa 2 au profit de la caution).

¹¹⁷³ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 747; F. Macorig-Venier, *Entreprises en difficulté-Les créanciers*, D. 2013, n° 327 ; F.M. Sawadogo, *op. cit.* n° 207.

continuaient de courir, le montant du passif (à apurer impérativement) serait fluctuant puisqu'il irait en s'accroissant »¹¹⁷⁴. Il est nécessaire de les arrêter ou de les suspendre pour éviter une augmentation significative de la dette du débiteur en difficulté¹¹⁷⁵.

873. Cependant, cette mesure de faveur, traditionnellement destinée au débiteur, a souvent eu une portée assez imprécise pour la caution. Sous le régime de la législation antérieure à la loi de 1994, l'application de l'arrêt du cours des intérêts à la caution dépendait de l'interprétation du juge : tantôt il considérait que la caution pouvait se prévaloir du gel du passif du débiteur par l'opposabilité de l'arrêt du cours des intérêts¹¹⁷⁶, tantôt cette faveur lui était refusée¹¹⁷⁷. Cette situation qui était encouragée par le mutisme du législateur a connu son premier épilogue avec la loi du 10 juin 1994¹¹⁷⁸. Le législateur décide que les intérêts continuent de courir à l'égard de la caution nonobstant leur arrêt consécutif au jugement d'ouverture du redressement judiciaire. La caution était ainsi tenue de payer la créance d'intérêts, outre ce que devait le débiteur¹¹⁷⁹, au créancier poursuivant.

874. En tout état de cause, cette solution s'est généralisée aux différentes procédures aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, en même temps que les deux systèmes de droit ont tenu à la relativiser depuis la loi de sauvegarde française de 2005¹¹⁸⁰, laquelle a inspiré *mutatis mutandis* la réforme de l'AUPC de 2015 non sans innovation¹¹⁸¹. L'analyse comparative permet d'observer que la question de l'augmentation de la dette, inhérente au maintien du cours des intérêts, et que la caution doit payer, donne lieu à une approche relativement partagée par les deux droits (section 1), ou encore parfois à un aménagement en forme de chassé-croisé entre les procédures du droit français et celles du droit OHADA (section 2).

¹¹⁷⁴ F.M. Sawadogo, *op. cit.*

¹¹⁷⁵ J.L. Puygauthier, Cautionnement et procédures collectives, JCP N, 15 sept. 1995, p. 1269 ; M. Jeantin et P. Le Cannu, *op. cit.* n° 398, p. 278.

¹¹⁷⁶ Com. 13 nov. 1990, n° 88-17.734 ; Bull. civ. IV, n° 277 ; D. 1991, somm. p. 112, obs. F. Derrida et p. 387 obs. L. Aynès ; JCP E 1991, II, 114, note Ph. Pétel ; JCP N 1991, II, p. 53, note Ph. Pétel ; RTD com. 1991, p. 107, n° 2, obs. A. Martin-Serf ; Rev. proc. coll. 1991, p. 111, obs. Ph. Delebecque ; Com. 1er déc. 2009, n° 07-20.880 ; Com. 14 déc. 1993, Bull. civ. IV, n° 467 ; Com. 22 mars 1994, Bull. civ. IV, n° 122.

¹¹⁷⁷ Com. 20 fév. 1979, Bull. civ. IV, n° 73 ; CA Toulouse, 15 mai 1990 : Rev. Banque 1990, p. 870, obs. J.-L. Rives-Lange ; T. com. Paris, 17e ch., 26 juin 1991 : Bull. inf. Cass., 15 févr. 1992, p. 50 ; V. également Fasc. 2362, J.-Cl. com., 15 nov. 2016, n° 18.

¹¹⁷⁸ Art.55 al.1, L.10 juin 1994 (auj. art. L.631-14, al.6 C. com.).

¹¹⁷⁹ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 670.

¹¹⁸⁰ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 754 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 671.

¹¹⁸¹ F.M. Sawadogo, comm. ss. art. 77 AUPC.

Section 1. L'augmentation de la dette, inhérente au maintien du cours des intérêts à l'égard de la caution, une approche relativement partagée par les droits français et OHADA

875. Le droit français, comme le droit OHADA, érigent tous les deux le principe du maintien du cours des intérêts contre la caution dans les procédures de sauvegarde, mais uniquement à l'endroit des personnes morales¹¹⁸², de redressement judiciaire¹¹⁸³, de règlement préventif conformément à l'article 10 AUPC et de la liquidation des biens, y compris la liquidation judiciaire¹¹⁸⁴. Cela signifie que le montant de la somme à payer par la caution sera augmenté des intérêts à échoir après l'ouverture de la procédure, alors que le débiteur ne sera tenu que des intérêts déjà échus car les intérêts à échoir sont arrêtés à son égard dès le jugement d'ouverture de la procédure¹¹⁸⁵. Dans la mesure où la règle de l'arrêt du cours des intérêts ne vise que les intérêts à échoir, leur maintien à l'égard de la caution implique la mise en œuvre de son obligation de couverture¹¹⁸⁶. Elle est tenue des intérêts déjà échus, comme le débiteur principal, mais au surplus des intérêts qui restent à courir. Il conviendra d'examiner successivement le paiement de ces intérêts par la caution *in bonis* (Paragraphe 1) et ses modalités (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Le paiement des intérêts par la caution en surplus de la dette exigible

876. En général, la charge du paiement des intérêts d'une créance incombe au débiteur. En matière de crédit à la consommation, les intérêts rémunérations, qui sont incorporés dans les mensualités de remboursement seront à la charge de l'emprunteur. De même, les intérêts sanction qui résultent d'un retard dans l'exécution d'une obligation sont à la charge du débiteur de celle-ci. Toutefois, le jugement d'ouverture de la procédure semble transférer la charge de ce paiement à la seule caution d'une part, pour les intérêts dus par le débiteur principal, d'autre part, pour les

¹¹⁸² V. art. L.622-28 al. 1 *in fine*.

¹¹⁸³ Droit français : art. L.631-14. II ; Droit OHADA : sous réserve des dispositions de l'art. 77 al. 2 AUPC dans le cadre du redressement judiciaire et de la liquidation des biens.

¹¹⁸⁴ Art. L. 641-3 C. com.

¹¹⁸⁵ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 749 (Com. 28 mai 2013, n° 12-14049).

¹¹⁸⁶ N. Picod, *op. cit.* n° 112 ; V. également, Ch. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, *op. cit.* n° 261 : « Le cadre fixé par l'obligation de couverture sera rempli par l'obligation de règlement au fur et à mesure que les dettes garanties naîtront. Les deux obligations s'emboîtent l'une dans l'autre à la façon d'obligations gigognes ». Pour cet auteur, le cautionnement d'une dette future fait naître deux types d'obligation : d'une part, une obligation de couverture dès la formation du contrat, d'autre part, une obligation de règlement qui n'est rien d'autre que la métamorphose de l'obligation de couverture au fur et à mesure que les dettes garanties naissent.

intérêts dus personnellement par la caution¹¹⁸⁷. Si dans la première situation, il existe une nuance entre le droit français et le droit OHADA (A), tel n'est pas le cas lorsqu'on retient que la caution est tenue de payer ses propres intérêts en surplus de la dette du débiteur (B).

A. Le paiement nuancé, en droit français et en droit OHADA, des intérêts dus par le débiteur

877. L'arrêt du cours des intérêts, corollaire logique des règles de la suspension des poursuites et de l'interdiction de paiement, participe de l'idée qu'« il n'est pas raisonnable de réclamer les intérêts là où le recouvrement du capital est compromis »¹¹⁸⁸. Il est judicieux dans ces conditions de limiter l'effondrement du débiteur. En contrepartie de ces restrictions des droits du créancier, les législateurs français et OHADA lui laissent traditionnellement l'opportunité de réclamer ses intérêts à la caution. Néanmoins, le paiement susceptible d'être effectué par la caution en surplus des intérêts exigibles du débiteur principal se réalise distinctement en droit français (I) et en droit OHADA (II).

I. Le maintien des intérêts à échoir à l'égard de la caution en droit français

878. Les intérêts continuent de courir à l'égard de la caution après le jugement d'ouverture de la sauvegarde, bien que ce soit relatif¹¹⁸⁹, du redressement¹¹⁹⁰ et de la liquidation judiciaires¹¹⁹¹, alors que le paiement par le débiteur principal est compromis. Cette solution (a) qui aggrave l'obligation de paiement de la caution est une reprise d'une solution prétorienne sous le régime ancien de la faillite (b).

¹¹⁸⁷ Com. 24 juin 1975, n° 74-11058; Bull. civ., n°178, p. 148.

¹¹⁸⁸ F.M. Sawadogo, *op. cit.* comm. Ss. Art. 77 AUPC.

¹¹⁸⁹ Art. L. 622-28 al. 2 C. com : seule la caution personne physique peut se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts dans la procédure de sauvegarde. *A contrario* la caution personne morale ne peut s'en prévaloir.

¹¹⁹⁰ Art. L. 631-14 al. 6 C. com.

¹¹⁹¹ Art. L. 641-3 al. 1 C. com.

a. Le paiement par la caution

879. En droit Français, une seule disposition du Livre VI du code de commerce interdit expressément à la caution de se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts, ainsi dans le cadre du redressement judiciaire. C'est le cas de l'alinéa 6 de l'article L.631-14 du code de commerce. Le raisonnement devra être adapté à propos des autres procédures que sont la sauvegarde et la liquidation judiciaire.

880. Jadis, l'article 55 était la disposition de référence pour la détermination de la situation de la caution, dans l'hypothèse de l'arrêt du cours des intérêts. Selon que l'interprète était influencé par le caractère accessoire du cautionnement ou par la finalité du cautionnement, la caution bénéficiait tantôt de l'arrêt du cours des intérêts, tantôt cette solution lui était refusée¹¹⁹². Devant cette incertitude, liée au mutisme de la loi, la seconde solution est celle qui a prévalu durant les premières années d'application de la loi du 25 janvier 1985 ainsi que l'indique le rapport n° 411 de l'assemblée nationale présenté par le rapporteur Philippe Houillon. Cette solution était, généralement, admise par les juges de fond et résultait d'une interprétation stricte de l'article 55. La conséquence de cette interprétation est qu'elle fragilisait la situation de la caution par rapport à celle du débiteur.

881. Par ailleurs, d'un point de vue purement théorique, cette solution remettait plus ou moins en cause la théorie de l'unité d'objet¹¹⁹³, qui implique que la caution soit tenue de la même dette que le débiteur principal. Autrement dit, les intérêts réclamés à la caution doivent correspondre à ceux que doit le débiteur, sous réserve des intérêts dus personnellement par la caution après une mise en demeure infructueuse¹¹⁹⁴. Dès lors, l'émergence de l'autre solution était incontournable, l'arrêt du cours des intérêts n'étant pas, durant la même période, expressément refusé aux cautions et coobligés. Cette interprétation aligne la situation de la caution sur celle du débiteur. C'est notamment la solution préconisée par la Cour de cassation rejetant ainsi la précédente solution totalement défavorable à la caution. Se plaçant cette fois-ci du côté de la caution, elle fonde sa solution sur la règle de l'accessoire qui implique que la caution ne peut recevoir un traitement *in duriolem causam*, conformément et à l'article 2290 (anc. art. 2013).

¹¹⁹² N. Picod, *op. cit.* n° 75 s.

¹¹⁹³ S. Piedelièvre, *op. cit.* n° 69 et 115.

¹¹⁹⁴ Com. 24 juin 1975, préc. *supra* note 1187.

882. Suggérée par le rapporteur de la loi du 10 juin 1994, la solution de la protection de la caution avait été, partiellement, consacrée par le législateur dans le contexte de l'ouverture d'un jugement de redressement judiciaire. L'article 55 alinéa 1 *in fine* prive « les cautions et coobligés » du bénéfice de l'arrêt du cours des intérêts, alors que l'alinéa 2 donne aux cautions personnes physiques l'avantage de la suspension des poursuites, afin d'inciter les chefs d'entreprise à déposer leur bilan dans les meilleurs délais. Cette philosophie de l'incitation a été reprise par la loi de sauvegarde qui, par ailleurs, dans la rédaction initiale de l'article L.631-14 II, maintenait le principe, en visant un plus grand nombre de garants, selon lequel, les « personnes physiques coobligées ou ayant consenti au cautionnement ou une garantie autonome » ne pouvaient se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts.

883. Désormais, depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008¹¹⁹⁵, sont exclues du bénéfice de l'arrêt du cours des intérêts, toujours dans le cadre du redressement judiciaire, les « personnes coobligées ou ayant consenti une sureté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien ou garantie (...) ». Celles-ci ne peuvent se prévaloir des dispositions prévues au premier alinéa de l'article L. 622-28 relatives à l'arrêt du cours des intérêts. Cette solution constitue le principe général retenu dans les procédures, de sauvegarde, avec une réserve, et de liquidation judiciaire, comme jadis en droit français.

b. La reprise d'une solution prétorienne sous le régime ancien de la faillite

884. Dans le silence de la loi, la situation de la caution est incertaine et peut parfois être plus précaire que la situation du débiteur principal. La détermination de son sort dépend de l'interprétation de la loi par la jurisprudence. La question de l'extension de la règle de l'arrêt du cours des intérêts à la caution en est une énième et parfaite illustration. En effet, avant la loi 10 juin 1994 il n'existait aucune disposition légale permettant expressément à la caution de se prévaloir des outils juridiques classiques de prévention et de traitement des difficultés du débiteur. Elle pouvait tantôt se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts comme le débiteur, et parfois cette faveur lui était refusée.

885. Cette seconde situation est celle qui prévalait en jurisprudence sous l'empire de la loi 13 juillet 1967. Les Hauts magistrats retenaient, dans le silence de la loi, que la caution ne pouvait se

¹¹⁹⁵ Art. 80 L. du 18 déc. 2008, préc.

prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts, qui ne valait qu'à l'égard de la masse des créanciers¹¹⁹⁶. Cette solution reposait notamment sur les dispositions de l'ancien article 1134 du code civil relatif à la force obligatoire des contrats et sur celles restrictives de l'article 39 de la loi de 1967¹¹⁹⁷.

886. Contrairement à l'adage *accessorium sequitur principale*, la situation de la caution était distincte de celle du débiteur principal. Ce qui se justifiait, même si le juge ne l'avait pas expressément mentionnée, par la finalité du cautionnement, au sens précédemment retenu¹¹⁹⁸, mais surtout par la limitation de l'application de la règle à la masse des créanciers. Cette solution correspondait également à l'esprit du droit des procédures collectives de l'époque qui consistait à privilégier presque systématiquement la finalité du cautionnement à son caractère accessoire¹¹⁹⁹.

887. C'est pourtant sur ce dernier fondement que la précédente jurisprudence a évolué sous l'empire de la loi de 1985. La loi, ayant supprimé la masse des créanciers, il était admis que la règle du cours des intérêts ne pouvait profiter qu'au débiteur lui-même. Le sort de la caution n'était toujours pas précisé. La chambre commerciale de la Cour de cassation y a remédié dans un arrêt de principe en date du 13 novembre 1990¹²⁰⁰. La Haute juridiction considère que la caution n'est pas tenue des intérêts au-delà de la date du jugement prononçant le redressement judiciaire du débiteur. La solution, qui a suscité les critiques d'une majorité d'auteurs¹²⁰¹, et des positions contraires de certains juges du fond¹²⁰², fait application de la théorie de l'accessoire en ce sens que la situation de la caution est alignée sur celle du débiteur. Par conséquent, la caution n'était pas plus durement traitée que le débiteur principal.

888. Un arrêt de la cour d'appel de Toulouse est allé encore plus loin en indiquant que l'arrêt du cours des intérêts n'est pas une exception purement personnelle au débiteur, au sens de l'ancien article 2036 du code civil¹²⁰³. Cette justification qui se déduit *a posteriori* du revirement

¹¹⁹⁶ Com., 20 févr. 1979; Bull. civ. IV, n° 73.

¹¹⁹⁷ Fasc. 2362, J.-Cl. com., 15 nov. 2016, n° 18.

¹¹⁹⁸ V. *supra* n° 50 s.

¹¹⁹⁹ M.J. Campana, Le cautionnement et l'entreprise en difficulté, *op. cit.* p. 720.

¹²⁰⁰ Com. 13 nov. 1990, n° 88-17.734 ; Bull. civ. IV, n° 277 ; D. 1991, somm. p. 112, obs. F. Derrida et p. 387 obs. L. Aynès; JCP E 1991, II, 114, note Ph. Pétel ; JCP N 1991, II, p. 53, note Ph. Pétel; RTD com. 1991, p. 107, n° 2, obs. A. Martin-Serf ; Rev. proc. coll. 1991, p. 111, obs. Ph. Delebecque ; Com., 1er déc. 2009, n° 07-20.880.

¹²⁰¹ V. notamment, F. Derrida, D. 1991, jurispr. p. 113.

¹²⁰² CA Toulouse, 15 mai 1990 : Rev. banque 1990, p. 870, obs. J.-L. Rives-Lange ; T. com. Paris, 17e ch., 26 juin 1991 : Bull. inf. Cass., 15 févr. 1992, p. 50.

¹²⁰³ CA Toulouse, 20 fév. 1992, Rev. banque 1992, p. 1169, obs. J.-L. Rives-Lange.

jurisprudentiel de la Cour de cassation semble avoir reçu moins d'assentiment que la précédente, car, à notre connaissance, elle n'a été reprise par aucun arrêt de la Cour de cassation.

889. Aussi, il convient de relever que l'évolution de la jurisprudence s'agissant de l'opposabilité de la règle de l'arrêt du cours des intérêts par la caution repose sur un changement de paradigme, la portée de la règle n'est plus limitée à la masse des créanciers¹²⁰⁴. Dès lors, il n'est plus question de suspension des intérêts, mais de leur extinction comme l'indique un auteur¹²⁰⁵. Comme pour les échéances postérieures du prêt transmis dans le cadre d'une transmission du prêt¹²⁰⁶, le débiteur est *mutatis mutandis* libéré des intérêts postérieurs au jugement d'ouverture. Ce courant d'application de la théorie de l'accessoire voulu par la jurisprudence sous l'empire de la loi de 1985 a été consacré par le législateur français de 1994 en même temps qu'il a reconnu la règle de la suspension des poursuites contre la caution.

II. Le maintien des intérêts à échoir à l'égard de la caution en droit OHADA

890. En droit OHADA la portée de la règle de l'arrêt du cours des intérêts est doublement limitée, par la prise en compte de la masse des créanciers et dans les procédures curatives. Cela signifie, comme le suggère un auteur, que seule « la masse est fondée à s'en prévaloir. Les intérêts continuent de courir à l'égard des codébiteurs et des cautions, à qui ils peuvent être réclamés »¹²⁰⁷. Néanmoins, contrairement au droit français, la caution est susceptible de payer les intérêts à échoir d'un double point de vue. Le premier est celui qui permet de distinguer le règlement préventif de la sauvegarde dans la mesure où le maintien des intérêts à échoir contre la caution s'étend au débiteur qui n'en est pas libérés (a). Tandis que dans le second, comme en droit français, le maintien des intérêts à l'égard de la caution se limite à elle seule dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens (b).

¹²⁰⁴ Fasc. 2362, *op. cit.* n° 19.

¹²⁰⁵ F. Macorig-Venier, *op. cit.* n° 334

¹²⁰⁶ Il est question ici de la transmission du prêt au sens de l'anc. art. 93 C. com.

¹²⁰⁷ F.M. Sawadogo, *op. cit.* comm. ss. Art. 77 AUPC.

a. Le maintien commun des intérêts contre le débiteur et la caution dans le règlement préventif

891. Contrairement à la procédure de sauvegarde du droit français, l'ouverture de la procédure équivalente du règlement préventif du droit OHADA des procédures collectives n'entraîne pas l'arrêt du cours des intérêts. Ceux-ci courent aussi bien contre le débiteur que pour la caution¹²⁰⁸, de sorte que le créancier peut en principe exiger de la seconde, ce que doit le premier en capital et intérêts selon leur exigibilité initiale ou antérieure à l'ouverture du règlement préventif conformément à l'article 10 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

892. Cette identité de traitement entre la caution et le débiteur, compatible avec la règle de l'accessoire, présente néanmoins une certaine complexité défavorable à la caution personne physique. Celle-ci étant protégée par la règle de la suspension des poursuites durant la période précédant l'homologation du concordat préventif, on peut en déduire que les intérêts dus continueront à courir et à augmenter la somme à payer au créancier tant que la caution pourra se prévaloir de cette règle. Pour éviter cet écueil, la caution personne physique peut décider de payer le créancier à terme durant cette période dite d'observation dans la mesure où la règle de l'interdiction des paiements des créanciers antérieurs consécutive à l'ouverture du règlement préventif ne lui est pas opposable.

893. Aussi, ce risque peut être évité si le dirigeant-caution ou le débiteur sollicite du créancier la suspension du cours des intérêts, ou même leur suppression, dans le cadre de l'offre du concordat préventif¹²⁰⁹. Une telle solution serait compatible avec l'esprit de la suspension des poursuites contre la caution personne physique dès lors qu'elle permettrait au dirigeant caution de préparer sereinement le concordat et le redressement de son entreprise. D'ailleurs, il ne serait pas inexact de considérer que la suspension, ou l'arrêt, du cours des intérêts serait un complément nécessaire à la règle de la suspension des poursuites contre le dirigeant-caution. En effet, à quoi servirait-il de suspendre les poursuites contre la caution personne physique, si le déroulement de la procédure, ou l'échec du concordat préventif, peut avoir des conséquences patrimoniales plus

¹²⁰⁸ Art. 10 AUPC.

¹²⁰⁹ Art. 13 s. AUPC

importantes pour la caution. Lui permettre de payer les intérêts échus dès l'ouverture du règlement préventif ne serait-il pas mieux ?

894. Ces difficultés seront généralement abordées dans le cadre des négociations des dispositions du concordat. A ce titre, il n'est pas exclu que le dirigeant caution sollicite la suppression des intérêts échus ou à échoir, ou le paiement échelonné de ceux-ci, au même titre que celui du capital, comme semble l'indiquer l'article 10 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Durant l'exécution du concordat préventif, la dette de la caution ne devrait pas changer dans ces conditions, sauf pour la caution personne morale qui ne pourrait se prévaloir des dispositions du concordat préventif¹²¹⁰. Celle-ci devrait payer sa dette le plus tôt possible pour ne pas l'aggraver, à défaut de négocier une remise des intérêts échus. La rigueur du maintien des intérêts est une énième mesure qui fragilise sa situation, ainsi que celle de la caution personne physique, mais comme désormais très souvent le redressement judiciaire en est la parfaite illustration en droit OHADA.

b. Le maintien exclusif des intérêts contre la caution personne morale dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens

895. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives du 10 septembre 2015 semble avoir un peu plus assoupli la règle de l'arrêt du cours des intérêts consécutive à l'ouverture du redressement judiciaire. En ajoutant un deuxième alinéa à l'article 77, il suggère à nouveau une distinction de traitement entre les cautions défavorable à la caution personne morale. Cet alinéa dispose, comme dans la sauvegarde, que la caution personne physique peut se prévaloir de la règle de l'arrêt du cours des intérêts, consacrée au premier alinéa du même article, dès l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens. En d'autres termes, le maintien des intérêts ne concerne que la caution personne morale dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Durant le déroulement de ces procédures, elle devra payer le plus tôt possible pour ne pas augmenter le montant de la somme à payer au débiteur. De ce point de vue, sa situation est identique à celle qui lui est réservée dans le règlement préventif durant la période d'observation à la seule différence qu'elle partage la charge de ces intérêts à échoir avec le débiteur dans le règlement préventif.

¹²¹⁰ Anc. art. 18 al. 3 AUPC (devenu art. 28)

896. Cependant, le maintien du cours des intérêts à l'égard de la seule caution personne morale ne semble pas constituer *a posteriori* une exception inhérente à la dette, contrairement à ce que suggèrent certains auteurs¹²¹¹. Elle devra supporter seule le paiement des intérêts à échoir de sorte qu'elle devrait agir dès les premières réclamations de la masse pour éviter d'« alourdir le fardeau de son engagement et des intérêts au fur et à mesure de l'avancement de la procédure »¹²¹² de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Ce risque est d'autant plus réel que la caution personne morale ne bénéficie d'aucune protection particulière consécutive à l'ouverture de la procédure, de l'exécution du concordat ou de la clôture de la procédure. A ce titre, à moins que le débiteur ne revienne à meilleure fortune, la caution personne morale sera tenue de payer seule les intérêts à échoir du débiteur principal à la masse des créanciers¹²¹³. Elle serait par conséquent plus durement traitée que le débiteur principal, mais aussi que la caution personne physique. Ce traitement inégal est rééquilibré, lorsque la caution est amenée à payer les intérêts qu'elle doit personnellement.

B. Le paiement des intérêts dus personnellement par la caution

897. L'aggravation de l'engagement de la caution n'est pas uniquement liée au fait du débiteur, mais peut être aussi de son propre fait. Le droit des procédures collectives applicable en France et dans l'espace OHADA admet la poursuite des intérêts propres à la caution¹²¹⁴. Il s'agit des intérêts que la caution doit au créancier à titre personnel du fait de l'insolvabilité avérée du débiteur et de sa capacité à payer ponctuellement le créancier poursuivant. Pour mieux appréhender cette situation de la caution, l'examen du principe d'admission des intérêts propres à la caution (I) dans les procédures collectives précèdera celui de son régime (II).

¹²¹¹ J.L. Courtier, Influence du droit des entreprises en difficulté sur celui du cautionnement, *op. cit.* p. 15 ; E. Chvika, *op. cit.* n° 105.

¹²¹² A. Martin-Serf, obs. ss. Com. 11 mai 1993, RTD com. 1995, p. 202.

¹²¹³ F.M. Sawadogo, *op. cit.* n° 198 s. (sur la notion de masse au sens du droit OHADA).

¹²¹⁴ Com. 24 juin 1975, préc. *supra* note 1182.

I. Le principe d'admission des intérêts propres à la caution

898. En droit commun, il a été jugé que la caution est débitrice non seulement des sommes dues en principal au jour où elle révoque son engagement, mais encore de tous leurs accessoires, et notamment, faute d'avoir acquitté ces sommes, des intérêts compris dans le cautionnement, même si ces intérêts ont couru postérieurement à sa révocation¹²¹⁵. Cette solution est admise en droit des procédures collectives. La solution ne résulte pas expressément des dispositions du code de commerce mais de la jurisprudence. En effet, plusieurs arrêts de la Cour de cassation décident de la poursuite des intérêts propres à la caution après l'ouverture de la procédure collective¹²¹⁶. Par exemple, dans le cadre du redressement judiciaire, la Haute juridiction décide que ne viole pas les dispositions de l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985, l'arrêt de la cour d'appel qui condamne la caution aux intérêts de retard attachés à son propre retard¹²¹⁷.

899. En réalité, la situation de la caution est celle d'un garant personnel qui n'a pas honoré son engagement à l'égard du créancier suite à la défaillance constatée du débiteur principal. Il s'agit des intérêts de retard qui résultent de l'absence d'exécution ponctuelle de son obligation, notamment après sa mise en demeure¹²¹⁸. Ces intérêts sont à ajouter à ceux dus personnellement par le débiteur. Ils sont donc de nature à augmenter considérablement le montant de la dette à payer au créancier par la caution : plus longue sera la procédure et plus important sera le montant de la créance à payer par la caution¹²¹⁹.

900. Dans cette hypothèse, la jurisprudence, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, décidait que les intérêts dus par la caution n'étaient pas soumis à la règle de l'arrêt du cours des intérêts¹²²⁰. Ces intérêts de retard sont à distinguer des intérêts de retard dus par le débiteur car ceux-ci sont en principe arrêtés dès le jugement d'ouverture de la procédure, sous réserve des observations apportées précédemment¹²²¹.

¹²¹⁵ Civ. 1^{ère}, 10 mai 1988, Bull. civ. I, n° 134.

¹²¹⁶ Com. 24 juin 1975, préc. *supra* note 1182; Com. 22 fév. 1994, n° 92-13397; Com. 11 juin 1996, n° 93-20.098. JurisData n° 1996-002656.

¹²¹⁷ Com. 11 juin 1996, *ibid.* ; V. également en ce sens CA Pau, 2^e ch. 1^{ère} section, 30 avr. 2009, n° 08-00697.

¹²¹⁸ Com. 22 fév. 1994, préc. *supra* note 1211.

¹²¹⁹ V. Bouthinon-Dumas, Le banquier face à l'entreprise en difficulté, *op. cit.* n° 222.

¹²²⁰ CA Paris, 10 mai 1991, RD banc. 1992, p.36, obs. Campana et Calendini ; Dr. sociétés 1992, n° 52, obs. Chaput.

¹²²¹ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 751 et 755 s.

901. En ce qui concerne le droit OHADA, l'application du code civil, dans la plupart des Etats de l'espace OHADA, rend applicable la solution retenue en droit français. De plus, cette solution protège davantage les investissements des créanciers. Elle est donc compatible avec l'esprit de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Le maintien des intérêts propres à la caution après l'ouverture de la procédure collective obéit à un régime particulier qui révèle quelques avantages pour la caution.

II. Le régime des intérêts admis

902. Pour mieux appréhender le régime applicable aux intérêts mis à la charge de la caution, il convient de rappeler que la somme à payer par le débiteur est généralement calculée en fonction du taux légal ou du taux conventionnel des intérêts applicable à ces derniers. Le premier étant en principe moins fort que le second, la détermination du taux applicable à la caution présente un intérêt particulier. Même si en France, la distinction doit également être faite selon que le créancier est un professionnel ou un particulier¹²²², le taux d'intérêt non conventionnel est en général plus avantageux pour le débiteur y compris la caution.

903. A ce propos, notons qu'en droit commun, ainsi qu'on l'envisagera ultérieurement, le montant des intérêts de retard dus par le débiteur principal est calculé non pas sur la base des intérêts conventionnels, mais sur le taux légal¹²²³. En France, il est très avantageux lorsque le créancier est un professionnel¹²²⁴. Il importe peu que le débiteur soit un particulier ou non, le taux d'intérêt légal applicable au premier trimestre 2019 est de 0.87% lorsque le créancier n'est pas un professionnel et de 3.26% lorsqu'il s'agit d'un professionnel. Alors que le taux conventionnel peut atteindre 15% pour un crédit de trésorerie¹²²⁵ inférieur ou égal à 3000 euros¹²²⁶. Dans l'espace OHADA, il est d'au moins 4.5%, tandis que le taux conventionnel dépasse souvent les 20% selon qu'on se trouve dans un Etat membre de la zone UEMOA ou dans un Etat membre de la zone CEMAC.

¹²²² A. du 26 juin 2019, JORF 27 juin 2019, texte n° 21 (art. 1).

¹²²³ Art. 1153 s. C. civ.

¹²²⁴ A. 26 juin 2019, préc.

¹²²⁵ Il s'agit généralement de crédits d'une courte durée et visant à soulager la trésorerie du débiteur. En ce sens, il se distingue du crédit à moyen et long terme de l'article L. 622-28 alinéa 1 du code de commerce.

¹²²⁶ Ce taux est dégressif pour des montants supérieurs à 3000 euros : il est de 9.74% pour un crédit de trésorerie aux ménages et les prêts pour travaux d'un montant compris entre 3000 et 6000 euros et de 4.56 % pour un crédit dont le montant est supérieur à 6000 euros (taux pratiqué au troisième trimestre 2017).

904. En ce qui concerne la caution, elle ne bénéficie pas d'un mode particulier de calcul du montant des intérêts générés par son propre fait. Le régime des intérêts qui peuvent lui être réclamés est identique à celui qui appliqué au débiteur ordinaire, de sorte que le taux légal constituera le taux de base de calcul de sa dette d'intérêts, notamment de retard¹²²⁷. C'est ainsi que sous le régime de la loi de 1985, la Cour de cassation a décidé, au visa des articles 1116 et 1134 du code civil, que les intérêts dus par la caution sont au taux légal et non au taux conventionnel¹²²⁸. Cet arrêt tranche clairement entre le taux légal et le taux conventionnel. Ce choix est confirmé par d'autres arrêts, dans le cadre du redressement judiciaire. La Haute juridiction précise ainsi que la caution doit, à titre personnel, les intérêts au taux légal de la somme due par le débiteur principal en redressement judiciaire à compter de la mise en demeure¹²²⁹ d'exécuter son engagement¹²³⁰.

905. Aussi, appliquer un taux conventionnel manquerait de fondement juridique dès lors que le droit des procédures collectives n'indique pas expressément cette modalité de calcul de la dette d'intérêt du débiteur, encore moins de celle de la caution. De plus, une telle solution serait contraire aux dispositions du nouvel article 1344-1 du code civil¹²³¹ qui fixe le taux le légal comme variable de calcul du montant des intérêts de retard.

906. La solution retenue par la jurisprudence semble pertinente car, dans le silence de la loi, il est plus indiqué d'appliquer les solutions de droit commun. C'est la démarche suivie par la jurisprudence française et rien ne semble s'opposer à sa transposition dans l'espace OHADA, à moins que certains Etats n'aient, antérieurement à l'AUPC originaire, retenu une solution différente en droit commun topique sur les intérêts moratoires.

907. L'autonomie des intérêts dus par la caution, après l'ouverture de la procédure collective, en droit français, comme en droit OHADA, est de nature à mettre la caution dans une situation

¹²²⁷ Com. 7 janv. 1992, Bull. civ. IV, n° 2 ; Defrénois 1992, p. 1573, obs. J. Honorat ; Com. 11 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 182 ; Banque oct. 1993, p. 100, obs. Guillot ; RTD.com. 1995, p. 202, obs. A. Martin-Serf ; 22 mars 1994, Bull. civ. IV, n° 122 ; D. 1995, p. 139, note Vernet.

¹²²⁸ Com. 24 juin 1975, préc. note 1180 ; Com. 22 fév. 1994, préc. *supra* note 1209 ; Com. 11 juin 1996, préc. *supra* note 1209.

¹²²⁹ Une mise en demeure est l'acte par lequel on porte à la connaissance d'une personne ce que l'on croit être en mesure d'attendre d'elle. Autrement dit, l'acte par lequel un créancier demande à son débiteur d'exécuter son obligation au terme convenu contractuellement ou judiciairement ; V. en ce sens Fasc. n° 60, Contrats et obligations-mise en demeure, J.-CL civ. 21 sept 2015, n° 1.

¹²³⁰ Com. 24 juin 1975, préc. *supra* note 1180 ; Com. 22 fév. 1994, préc. *supra* note 1209.; Com. 11 juin 1996, préc. *supra* note 1209.

¹²³¹ Art. 1344-1 C. civ. (anc. art. 1153 al. 3).

moins confortable au moment où le débiteur principal est exonéré du paiement de sa dette et de ses accessoires. Seule l'application du taux légal aux intérêts maintenus à son égard, ou d'un taux d'intérêt conventionnel (TAEG)¹²³² avantageusement négocié, relativiserait la rigueur du maintien desdits intérêts.

908. Au regard de la durée des procédures, qui est de deux mois au minimum, la caution aurait tort d'attendre longtemps pour honorer son engagement lorsque les sommes qui lui sont réclamées sont importantes. Si les taux d'intérêts appliqués sont plus avantageux pour la caution du débiteur en difficulté en France, ils sont plus disparates et élevés dans l'espace OHADA de sorte que les cautions qui en sont issues, sont plus durement traitées. Pour la même dette, la caution, qui relève du droit OHADA, paiera un montant plus élevé, que la caution relevant du droit français, à moins que ses modalités de paiement soient plus avantageuses.

Paragraphe 2. Les modalités de paiement des intérêts par la caution *in bonis*

909. La mise en œuvre du maintien du cours des intérêts, dus par la caution, n'est pas automatique dans le cadre des procédures collectives. Elle obéit au respect de certaines conditions dont les unes relèvent des règles qui organisent les procédures collectives, et les autres des règles de droit commun. Les premières sont relatives à la déclaration des créances d'intérêts (A), les secondes aux éléments de calcul de droit commun (B).

A. L'exigence d'une déclaration des intérêts non arrêtés

910. Pour rappel, en droit français comme en droit OHADA, le créancier antérieur a l'obligation de déclarer ses créances, contrairement au droit américain¹²³³. La finalité de cette obligation est de faciliter la détermination, du passif du débiteur, mais aussi des créanciers, pour mieux prévenir et traiter ses difficultés. Par ricochet, la déclaration de créance constitue un moyen de reconnaissance des droits substantiels des créanciers lorsqu'ils ne sont pas contestés.

¹²³² Le TAEG d'un crédit de consommation, d'un crédit immobilier, est déterminé en fonction de ses principales variables que sont le montant emprunté, la durée de remboursement et le montant des mensualités conformément aux dispositions de l'article R 314-3 du code de la consommation.

¹²³³ A. Jacquemont, R. Varbes et T. Mastrullo, *op. cit.* n° 486 ; M. Jantin et P. Le Cannu, *op. cit.* 741.

911. La créance d'intérêts n'échappe pas à cette obligation. Le créancier qui souhaite les recouvrer dans le cadre de ces procédures doit les déclarer comme toutes les autres créances conformément aux dispositions de l'article L. 622-24 et suivants du code de commerce et de l'article 78 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Il n'y a donc pas lieu de distinguer la déclaration de créance de façon générale, et la déclaration des créances d'intérêts qui, en réalité n'est qu'un élément constitutif de la première.

912. Toutefois, qu'elle soit initiale ou complémentaire, la déclaration de créances porte sur tous les intérêts, ceux échus et ceux non échus. Si les premiers n'appellent pas davantage d'observations¹²³⁴, la déclaration des intérêts non échus, et par ricochet non arrêtés après l'ouverture de la procédure, obéit à une condition de fond particulière que la jurisprudence a déterminée. Elle retient que le créancier déclarant doit préciser dans l'acte de déclaration, les modalités de détermination du montant des intérêts non arrêtés (I). Le non-respect de cette exigence jurisprudentielle est sanctionné par le rejet de la créance d'intérêts (II).

I. La précision des modalités de détermination du montant des intérêts non arrêtés

913. Généralement présenté sous forme de pourcentage, qu'il soit légal, conventionnel, ou judiciaire, le montant des intérêts ne peut en réalité être déterminé que si les modalités de son calcul sont connues, à moins que ce montant ne soit connu d'avance. C'est le cas des intérêts rémunérations résultant d'un crédit à la consommation. Ils sont incorporés dans les échéances de remboursement. Il est donc primordial pour le créancier de préciser ces modalités de calcul (a) ou le montant des intérêts dont le cours n'est pas arrêté (b).

a. Les modalités de calcul des intérêts

914. Exercice complexe et fastidieux pour le juriste, le calcul des intérêts se réalise en fonction du taux d'intérêt, légal, conventionnel ou de majoration, à appliquer. Du point de vue pratique, le calcul des intérêts est presque identique, lorsque les taux d'intérêts applicables sont légalement ou conventionnellement fixés. En revanche, le taux légal est généralement appliqué lorsque les parties n'ont pas convenu d'un taux conventionnel bien déterminé, aussi bien pour les intérêts-

¹²³⁴ Com. 23 nov. 1999, D. 2000. AJ 15 ; Procédures 2000, obs. Laporte.

rémunération que pour les intérêts-sanction. Par exemple, en présence d'un intérêt simple, c'est-à-dire qui n'est pas capitalisé, il conviendra d'indiquer, outre le capital emprunté, le taux d'intérêt annuel ou semestriel et la durée du placement. Cela permettra aux organes de la procédure de procéder au calcul du montant de l'intérêt à cumuler avec le montant du capital.

915. A supposer que le débiteur emprunte une somme de 15000 euros pour une durée de 12 mois avec un taux d'intérêt conventionnel de 10%, tous ces éléments devront être indiqués dans l'acte de déclaration. Dans cette hypothèse, le montant des intérêts dus sera calculé de la manière suivante :

Exemple 1 :

$$\frac{15000 \times 10 \times 12}{100 \times 365}$$

916. Toutefois, la tâche est plus ardue pour le calcul au taux légal majoré. Dans cette hypothèse, le calcul des intérêts se fait également sur la base du taux légal, mais contrairement aux modalités précédentes, il faut y appliquer un coefficient multiplicateur qui peut être trois fois supérieur au taux légal. La complexité de cet exercice fait que les créanciers ont souvent recours à des experts comptables dans l'optique d'effectuer leur déclaration dans les conditions de fond requises.

917. Dans la pratique, il s'agira, pour le créancier, d'indiquer par exemple le montant de la facture toute taxe comprise, le coefficient de majoration de l'intérêt légal, la période de calcul, de préciser éventuellement la nature professionnelle de sa créance. Pour le calcul du montant de ces intérêts de majoration, lorsque le coefficient de majoration est de 3, dans notre précédent exemple, on obtiendra l'information suivante :

Exemple 2 :

- En droit français

$$\begin{array}{l} \text{Semestre 1 :} \quad \frac{10000 \times 3 \times 0.90 \times 181}{36500} \end{array}$$

$$\begin{array}{l} \text{Semestre 2 :} \quad \quad \quad \underline{10000 \times 3 \times 0.90 \times 184} \\ \quad \quad \quad \quad \quad \quad \quad 36500 \end{array}$$

- En droit OHADA (pour un taux légal moyen de 4.5%)

$$\begin{array}{l} \quad \quad \quad \underline{10000 \times 3 \times 4.5 \times 365} \\ \quad \quad \quad \quad \quad \quad \quad 36500 \end{array}$$

918. La déclaration des créances intègre ces paramètres techniques pour mieux appréhender le passif du débiteur après l'ouverture de la procédure, notamment après les opérations de vérification et d'admission des créances. C'est dans ce sens que, déjà, sous l'empire de la loi du 10 juin 1994, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 22 novembre 1994 retient que la déclaration des créances doit contenir les modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté¹²³⁵.

919. Cette solution, qui était déjà suggérée sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985¹²³⁶, a été confirmée par plusieurs autres arrêts¹²³⁷, notamment depuis la loi de sauvegarde¹²³⁸. Elle a ensuite été consacrée par le législateur français. En effet, aux termes des dispositions de l'article R. 622-23. 2° la déclaration de créance contient « Les modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté, cette indication valant déclaration pour le montant ultérieurement arrêté ». Les modalités de calcul des intérêts permettent de préciser davantage le passif du débiteur par les techniques de calcul appropriées. Une écriture comptable détaillée de la créance d'intérêt est nécessaire. Il en résulte une mise à l'écart de certaines mentions ou indications pouvant se rapporter à cette dernière.

¹²³⁵ Com. 22 nov. 1994, D. 1995, p. 7.

¹²³⁶ Com. 2 mars 1993, D. 1993, p. 77.

¹²³⁷ Com. 24 nov. 1998, n° 96-13.552, D. 1999, p. 189, note A. Honorat (pour les intérêts attachés à un prêt) ; CA Paris, 30 juin 2004, n° 01/01694 ; AJDI 2004, p. 812 ; V. également en ce sens Com. 15 mars 2005, JurisData n° 2005-027610 ; RD. banc. et fin. n° 3, mai 2005, p. 93, note F.X. Lucas.

¹²³⁸ Com. 31 janv. 2017, n° 15-15.030 (déclaration de créance au titre des intérêts de retard).

920. Il en est ainsi des indications « pour mémoire »¹²³⁹ ou « pour intérêt ». La jurisprudence décide que celles-ci ne suffisent pas à connaître le montant des intérêts non arrêtés au jour de la déclaration. Il en est de même de la simple indication du taux d'intérêt¹²⁴⁰ qui pourtant constitue la base de calcul de la créance d'intérêts ; un révélateur du caractère technique de la déclaration de créance, qui consiste à faciliter le travail du juge commissaire, surtout à traiter la situation du débiteur avec célérité. Dès lors, l'obligation du créancier de préciser les modalités de calcul des intérêts dans sa déclaration participe de la détermination du passif du débiteur et par ricochet du montant des intérêts à la charge de la caution.

b. Le montant des intérêts non arrêtés

921. L'absence des modalités de calcul des intérêts rendrait impossible la connaissance du montant des intérêts à ajouter au montant de la créance principale, y compris les intérêts arrêtés à l'ouverture de la procédure. En revanche, leur indication ne serait pas nécessaire si le montant des intérêts est bien indiqué dans la déclaration de créance après le jugement d'ouverture¹²⁴¹. En effet, l'exégèse de l'article 51 de la loi du 25 janvier 1985, devenu article L. 622-25 du code de commerce, indique que la déclaration de créance porte sur le montant de la créance du au jour du jugement d'ouverture. Il précise ensuite que la déclaration porte également sur l'indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances en plus des créances échues. Ne pouvant distinguer là où la loi ne distingue pas, il convient de retenir que les créances d'intérêts à échoir sont concernées par ces dispositions.

922. Le terme « créance » doit être entendu au sens large, c'est-à-dire le capital et les intérêts qui lui sont attachés. Autrement dit, le montant des intérêts à échoir est requis afin de permettre aux organes de la procédure d'être en mesure d'évaluer le montant de la dette du débiteur et plus précisément le montant des intérêts non arrêtés au jour de la déclaration. C'est notamment ce qui

¹²³⁹ Com. 15 mars 2005, JurisData n° 2005-027610.

¹²⁴⁰ Com. 12 juill. 2004, n° 01-11685 ; 7 mars 2006, n° 04-19201 ; Gaz. Pal. (entreprises en difficulté) 2006/3, n° 4, p. 35, obs. P.M. Le Corre.

¹²⁴¹ Com. 2 mars 1993, Bull. civ. IV, n° 89 ; D. 1993, IR. 77 (L'indication des modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté n'est exigée que dans le cas où le montant des intérêts ne peut être calculé au jour de la déclaration de la créance).

résulte de l'interprétation jurisprudentielle des dispositions de l'article R.622-23 du code de commerce¹²⁴².

923. Cette condition constitue en réalité un élément traditionnel du contenu de la procédure de déclaration et d'admission des créances à échoir après le jugement d'ouverture, conformément à l'article 51 alinéa 1 de la loi du 25 janvier 1985. Sous l'empire de celle-ci, il avait, par exemple, été jugé que la banque, en vertu d'un contrat de prêt, dont la créance n'est pas échue, doit la déclarer en précisant le montant de chacune des échéances y compris donc les intérêts rémunération¹²⁴³.

924. Dans le but d'évaluer précisément le passif du débiteur, aucune dette ne doit être négligée, qu'elle soit exigible ou non. Cela explique, sans nul doute, que dans le cadre du surendettement des particuliers, il n'est pas rare que certains praticiens du droit suggèrent au débiteur d'indiquer sur le formulaire cerfa n° 13594 toutes les dettes sans en oublier une. L'idée est que, selon l'étendue du passif du débiteur, un moratoire ou un effacement de la dette pourra lui être accordé. La solution retenue dépendra de la gravité des difficultés du débiteur et de ses capacités financières réelles à payer les créanciers à moyen ou long terme.

925. Par ailleurs, la portée de cette indication est précisée par la jurisprudence, nonobstant la différence de point de vue entre les juridictions de fond et la Cour de cassation. Pour les premières, le créancier déclarant doit, dans sa déclaration, distinguer le montant du capital et le montant des intérêts¹²⁴⁴, car cette clarté ne laisse aucune place à une quelconque confusion. Tandis que les Hauts magistrats décident, dans un arrêt de la chambre commerciale du 5 mai 2015, que rien n'oblige le créancier à distinguer, dans la déclaration de créance, le montant des intérêts à échoir et le montant du capital¹²⁴⁵.

926. En réalité, il s'agissait de la reprise d'une solution prétorienne du droit commun. En effet, dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 octobre 2010, les Hauts

¹²⁴² Com. 5 mai 2015, n° 14-13.213; JCP E 2015, 1339, note B. Brignon ; Com. 2 juin 2015, n° 13-26.815 et 14-11.101 ; Act. proc. coll. 2015-11, comm. 168 ; RD. banc. et fin. n° 5, sept. 2015, comm. 164, note C. Houin-Bressand et Fasc. 2352, J.-Cl. proc. coll.

¹²⁴³ CA Douai, 26 nov. 1987, Rev. proc. coll. 1988, p. 92, obs. Dureuil ; CA Versailles, 23 janv. 1992, Rev. proc. coll. 1992, p. 424, obs. Dureuil ; V. également Com. 24 nov. 1998, n° 96-13.552, préc. *supra* note 1230. (la déclaration de créance doit porter le cas échéant sur les sommes des intérêts à échoir attachés à un prêt sur le fondement de l'article 51 al.1 de la loi du 25 janvier 1985).

¹²⁴⁴ CA Besançon, 25 sept. 2009, n° 08-03357 ; JurisData n° 2009-017820 ; Rev. proc. coll. 2010, comm. 100.

¹²⁴⁵ Com. 5 mai 2015, n° 14-13.213 ; JCP E 2015, n° 28, p. 1339, note B. Brignon.

magistrats confirmaient la solution des juges de fond de débouter la banque de sa demande de paiement du solde débiteur faute de n'avoir pas distingué le principal des intérêts¹²⁴⁶. Il en résulte que le créancier qui souhaite recouvrer sa créance cumulée du capital et des intérêts auprès de la caution après l'ouverture de la procédure collective, qu'elle soit préventive ou curative, doit, à défaut d'indiquer le montant des intérêts à échoir, indiquer les modalités de calcul de ces derniers, conformément aux articles L. 622-25 et R. 622-23-2° du code de commerce. En revanche, ces exigences ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Dans la même déclaration, il n'est pas exclu que le créancier déclare certaines créances d'intérêts, en indiquant leurs modalités de calcul, et d'autres, en indiquant leurs montants. Il convient dès lors de s'intéresser à la sanction du défaut de ces mentions.

II. La sanction du défaut de précision

En droit des procédures collectives, le défaut de déclaration des créances n'est plus sanctionné par l'extinction de la créance, mais par son inopposabilité. En revanche, elle demeure opposable à l'égard de la caution. Qu'en est-il alors, lorsqu'il s'agit des intérêts ?

927. Il faut considérer que la créance d'intérêts non déclarée subit le même sort que toute autre créance de même nature. Ces intérêts, quoique réels, ne seront pas opposables au débiteur principal, mais pourront être en principe réclamés à la caution. Dans ce contexte, la situation de la caution est la même qu'en cas de défaut de déclaration, elle reste engagée pour le paiement d'une dette, dont le débiteur est exonéré. Toutefois, il y a lieu de noter que ni le code de commerce, ni l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, ne prévoient expressément de sanction en cas de défaut d'identification du montant des intérêts non arrêtés.

928. Cette absence de solution du droit positif est une fois de plus l'occasion pour la jurisprudence de compléter la loi. Ainsi, la jurisprudence française a-t-elle été amenée à apporter un éclairage sur la question. Elle décide que l'absence d'indication des mentions requises, par les articles L. 622-25 et R. 622-23 du code de commerce, est sanctionnée par le rejet des intérêts concernés. C'est notamment ce que décide la Cour de cassation dans un arrêt de la chambre

¹²⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 28 oct. 2010, n° 09-13864.

commerciale du 15 mars 2005¹²⁴⁷. En l'espèce, la Haute juridiction avait cru devoir rejeter une créance d'intérêts à échoir, déclarée en violation des articles L. 622-25 et R. 622-23 du code de commerce. Dans l'acte de déclaration, le créancier s'était contenté de faire simplement indiquer les intérêts « pour mémoire », sans préciser le montant des intérêts ou leurs modalités de calcul. Cela avait conduit les Hauts magistrats à rejeter les intérêts en cause à l'égard du débiteur.

929. Pour autant, on ne saurait imaginer que cette solution s'applique à la caution. Le rejet des intérêts mal déclarés ne signifie pas que ceux-ci sont éteints à l'égard du débiteur, ils ne seront pas simplement pris en compte dans le cadre de la procédure au même titre que les créances non déclarées. Cette sanction doit être assimilée à celle de l'inopposabilité de la créance non déclarée. Il faut donc considérer que les intérêts mal déclarés peuvent être réclamés à la caution, la sanction ne libère pas celle-ci. La solution, consacrée par la jurisprudence française, produit, à l'égard de la caution, les mêmes effets que la sanction de l'inopposabilité. Il serait regrettable de réserver un traitement plus sévère aux intérêts mal déclarés, qu'à une créance qui n'a même pas été portée à la connaissance des organes de la procédure.

930. Par ailleurs, par un raisonnement par analogie, la sanction d'une créance déclarée avec maladresse peut être rapprochée de la sanction retenue sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, à propos d'une créance irrégulièrement déclarée. En effet, au visa de l'article 51 de la loi de 1985, et de l'article 67 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, la Cour de cassation confirme un arrêt de la cour d'appel ayant rejeté une déclaration de créance sur laquelle le montant est mentionné à titre indicatif et qui ne correspond pas au relevé joint à cet effet¹²⁴⁸. L'absence d'extinction permet au créancier maladroit d'opposer la créance d'intérêts rejetée à la caution, obligeant celle-ci à exécuter une obligation dont le débiteur est exonéré. Elle est de ce fait plus durement traitée que le débiteur, comme elle l'est également face à l'inopposabilité d'une créance non déclarée à l'égard du débiteur.

931. Cependant, au-delà de la situation de la caution, il serait nécessaire de reconsidérer la sanction du défaut des mentions légales du code de commerce sus évoquées. Le pragmatisme du droit des procédures collectives devrait aboutir à une solution différente et flexible. Celle-ci consisterait à laisser au créancier, non pas négligent, mais maladroit, la possibilité de régulariser

¹²⁴⁷ Com. 15 mars 2005, préc. *supra* note 1232.

¹²⁴⁸ Com. 12 fév. 1991, n° 89-19.698 ; D. 1992, p. 249, note F. Derrida y compris les références citées par l'auteur.

sa déclaration en y apportant les indications manquantes. Il n'est pas, semble-t-il, judicieux de réserver le même traitement au créancier maladroît qui déclare parfaitement sa créance, mais omet certaines mentions, et au créancier négligent qui ne déclare pas sa créance ou attend trop longtemps pour tenter de la déclarer.

932. La connaissance du montant des créances d'intérêt contribue à l'évaluation du passif du débiteur. Dans la pratique, la mention des modalités de calculs des intérêts à échoir doit être suivie d'un exercice mathématique et comptable de détermination du montant des intérêts en cause. C'est l'exercice auquel les organes de la procédure vont être soumis. A cet effet, ils devront intégrer des éléments de calcul de droit commun.

B. Les éléments de calcul de droit commun

933. En droit des procédures collectives, aucun texte ne prévoit les modalités de calcul des intérêts dus par le débiteur à la date du jugement d'ouverture de la procédure, que ce soit en droit français, ou en droit OHADA. Il en va de même des intérêts dus au créancier par la caution. Celles-ci sont néanmoins prévues par le droit commun et rien ne s'oppose à ce qu'elles s'appliquent dans le cadre des procédures collectives.

934. Partant de ce constat, il paraît judicieux de rappeler la complexité de l'exercice du calcul des intérêts. La démarche qui consiste à déterminer des modalités, moins complexes, de calcul des intérêts, qui peuvent être applicables dans le cadre des procédures collectives est souhaitable. Autrement dit, il est nécessaire de déterminer les éléments de calcul du montant des intérêts dus au créancier dans les procédures collectives, notamment sur la base des règles du droit commun.

935. A ce propos, il y a lieu d'observer que les intérêts courent généralement jusqu'à la disparition de leur fait générateur c'est-à-dire jusqu'à l'exécution de l'obligation du débiteur. Néanmoins, dans la pratique, la durée de référence est annuelle, de sorte que le calcul de leur montant, pour une période de moins d'un an, obéit à la formule de calcul suivante :

$$\text{Montant des intérêts} = \text{Montant du} \times \text{Taux annuel} \times \frac{\text{Nombre de jours effectivement écoulés}}{\text{Nombre de jours de l'année}}$$

936. Derrière l'apparente clarté de cette formule se cache en réalité des difficultés pratiques importantes portant essentiellement sur le point de départ de la période considérée. En effet, le point de départ du cours des intérêts est souvent sujet à débat, non seulement entre le créancier et le débiteur, mais aussi dans la doctrine. La détermination de cet élément de calcul du montant des intérêts non échus, en particulier, paraît primordial. La question qui se pose est de savoir si, par exemple, en ce qui concerne les intérêts sanction, ceux-ci courent à partir de la décision de condamnation, sans qu'il ne soit nécessaire de la porter préalablement à la connaissance du débiteur, et par ricochet à la connaissance de la caution, ou alors si ces intérêts courent à partir de la notification de la décision qui les fait courir ?

937. La réponse à cette question est plurielle, tantôt le point de départ est fixé au jour du jugement de condamnation du débiteur, tantôt au jour où celui-ci a été porté à sa connaissance. De façon générale, il convient de retenir à propos de la caution, qui ne bénéficie pas d'un régime spécial, que la décision qui la condamne à une indemnité produira de plein droit ses effets à compter de son prononcé (I). En revanche, d'autres intérêts courront à partir du moment où l'acte qui le condamne sera porté à sa connaissance, y compris en cas de mise en demeure (II).

I. Le jugement d'ouverture

938. L'ancien article 1153-1 du code civil devenu article 1231-7 dispose en son alinéa 1 que les intérêts moratoires courent à partir du prononcé du jugement, à moins que le juge n'en décide autrement. Il en est de même en cas de confirmation pure et simple du jugement de condamnation¹²⁴⁹. Cela signifie que la durée du cours des intérêts qui permet de calculer le montant des intérêts moratoires dus par la caution commence au jour du prononcé du jugement la condamnant. Par exemple, pour calculer le montant des intérêts moratoires dus par une caution qui garantit un prêt non remboursé de 10.000 euros, sachant qu'entre sa condamnation et le jour

¹²⁴⁹ V. en ce sens Civ. 1^{ère}, 8 juill. 2010, Bull. civ. I, n° 166 ; D. 2010. 1941. JCP 2010, n° 1220, obs. Ph. Simler (c'est à compter de la date à laquelle la décision prononçant le divorce est devenue irrévocable que les intérêts compensatoires sont dus) : c'est la décision de condamnation qui fait courir les intérêts moratoires.

de son règlement se sont écoulés 30 jours, l'application d'un taux légal de 4,16%¹²⁵⁰, donnerait un montant des intérêts moratoires s'élevant à 34.19 euros.

939. Le jugement de condamnation de la caution, au paiement d'une indemnité, pour cause de retard dans l'exécution de son obligation de paiement du créancier, implique une faute personnelle distincte de celle du débiteur principal. De même, à supposer que la condamnation de la caution soit intervenue avant la décision d'ouverture de la procédure collective, l'augmentation du montant à payer au créancier, majoré des intérêts, ne serait pas lié au régime de faveur dont bénéficierait le débiteur. Il serait dès lors inexact de conclure qu'elle est plus durement traitée que le débiteur dans ces conditions. De plus, dans la pratique, il n'est pas rare que la caution interjette appel d'une décision d'une juridiction de premier degré la condamnant au paiement d'intérêts et que la cour d'appel rende un arrêt confirmatif ou infirmatif. Cet arrêt constituera-t-il le point de départ des intérêts moratoires ou faudrait-il considérer qu'il est antérieur à cet arrêt ?

940. A cette question, le législateur suggère une approche nuancée. En effet, l'exégèse des dispositions de l'article 1231-7 alinéa 2 (anc. art.1153-1 al.2) distingue la solution selon que la cour d'appel a confirmé ou non le jugement de première instance. Dans la première hypothèse, le jugement contesté en appel marquera le point de départ des intérêts dus par la caution, encore faut-il que cette confirmation soit « pure et simple ». Cela signifie, *a contrario*, que toute modification ou ajout de la cour d'appel entraînera une conséquence différente c'est-à-dire que l'arrêt de confirmation « partielle » constituerait le point de départ des intérêts dus au créancier. En revanche, en cas d'infirmerie, la question du point de départ des intérêts devient caduque.

941. Toutefois, toujours dans cette hypothèse, le législateur n'aborde pas expressément la question de la confirmation d'un jugement de grande instance ou du tribunal de commerce, mais il y a lieu d'observer que la confirmation de ces jugements devant la cour d'appel aura les mêmes conséquences que dans le cas précédent. Comme en cas d'arrêt de confirmation « partielle », l'arrêt de confirmation d'un jugement du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce fera courir les intérêts de la créance d'indemnité. Cette conviction résulte notamment de la généralité des termes l'alinéa 2 *in fine* de l'article 1231-7. Le législateur évoque « les autres cas » c'est-à-dire en dehors de l'hypothèse de la confirmation « pure et simple » d'un jugement de

¹²⁵⁰ Arr. du 29 décembre 2016 relatif à la fixation du taux de l'intérêt légal (JORF n°0303 du 30 décembre 2016 texte n° 60) art.1 al.1.

première instance. En d'autres termes, la confirmation des jugements des autres juridictions de premier degré par la cour d'appel fait courir les intérêts légaux de la créance d'indemnité, sauf décision contraire du juge.

942. De par la complexité de son mode de calcul et de sa mise en œuvre, le maintien des intérêts de retard à l'égard de la caution est de nature à rendre précaire la situation de la caution qui ne maîtrise pas, de façon générale, les règles qui organisent la liquidation des intérêts de retard. Dans ce contexte, la caution africaine, peut se trouver plus fragilisée dans la pratique du fait d'une information insuffisante sur ces éléments de calcul. Il se peut également qu'elle ne mesure pas l'impact du cours des intérêts, résultant de sa condamnation, sur son obligation.

943. Aussi, lier le point de départ du cours des intérêts de retard au jugement de condamnation nécessite que la caution ait au moins pris connaissance de sa condamnation, ce qui n'est pas toujours le cas. Le temps qui s'écoule entre la condamnation et la connaissance de la sanction peut être relativement être long. Dans des Etats le taux légal est au moins deux fois plus élevé qu'en France. Il est impératif, dans l'intérêt de la caution, d'éviter tout contentieux en paiement dans ces conditions. Il y a lieu de convenir que lier la fixation du point de départ du cours des intérêts à la décision du juge favorise moins la caution que si elle dépendait de sa connaissance de l'existence de sa dette d'intérêts.

II. La notification du jugement d'ouverture, la mise en demeure et la sommation de payer

944. Il y a lieu de distinguer ici le point de départ des intérêts majorés, lequel repose sur la notification du jugement de condamnation de la caution (a), du point de départ des autres intérêts qui, quant à lui, repose sur la mise en demeure et la sommation de payer (b).

a. Le point de départ des intérêts majorés : la notification du jugement

945. Le point de départ des intérêts majorés semble être consacré par l'article L.313-3 alinéa 1 du code monétaire et financier. En effet, aux termes de celui-ci, « En cas de condamnation pécuniaire par décision de justice, le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce

par provision. Cet effet est attaché de plein droit au jugement d'adjudication sur saisie immobilière, quatre mois après son prononcé ».

946. Il en résulte, en résumé, que les intérêts majorés courent, non pas à compter du prononcé du jugement, mais deux mois après le jour où la décision de condamnation est devenue exécutoire¹²⁵¹, contrairement au cas précédemment étudié. Ces dispositions semblent doublement décaler le point de départ des intérêts majorés. Le créancier devra d'abord attendre un délai de deux mois après la décision de condamnation de la caution. Délai durant lequel il est censé obtenir le titre exécutoire nécessaire à une exécution forcée de sa décision en cas de non opposition de la caution. Ensuite, ce n'est qu'au jour où ce titre exécutoire lui est délivré que les intérêts majorés commencent à courir, et pas avant. Ce qui peut être avantageux pour la caution en ce sens que cela lui laisserait le temps de prendre connaissance de la procédure et d'agir en conséquence.

947. Elle pourrait également faire opposition à sa condamnation et éviter que le jugement la condamnant ne revête la formule exécutoire¹²⁵², ce qui est courant, ou encore s'exécuter ponctuellement et mettre fin à la procédure. Or, en pratique la formule exécutoire ne peut être apposée sur un jugement qui n'a pas été signifié¹²⁵³ à l'autre partie, à moins que ce jugement ne soit exécutoire¹²⁵⁴ par provision¹²⁵⁵, telles les ordonnances de référé¹²⁵⁶ qui sont exécutoires de plein droit et d'autres décisions qui peuvent être assorties de la mention « exécution provisoire ». Néanmoins, il a été jugé que le taux majoré d'intérêt légal ne court qu'à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la signification de la décision de condamnation, bien que le jugement ait été assorti de l'exécution provisoire¹²⁵⁷.

¹²⁵¹ Civ.2^e, 4 avr. 2002, Bull. civ. II, p. 69 ; D. 2002, AJ. 1484, obs. A. Lienhard ; Rev. Huissiers 2002, p. 298, obs. Hoonakker; V. également, Civ. 2^e, 19 mai 1999, D. 1999, IR. 164.

¹²⁵² Art. 502 CPC : « Nul jugement, nul acte ne peut être mis à exécution que sur présentation d'une expédition revêtue de la formule exécutoire, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

¹²⁵³ Art. 503 s. CPC.

¹²⁵⁴ Un jugement est réputé exécutoire à partir du moment où il passe en force de chose jugée

¹²⁵⁵ Un jugement exécutoire par provision ou d'exécution provisoire est un jugement qui permet au requérant de l'exécuter sans qu'il ne soit définitif et nonobstant toute procédure en appel à son encontre (V. en ce sens art. 514 s. CPC français).

¹²⁵⁶ Il en est de même des jugements et ordonnances rendus dans les procédures collectives conformément à l'art. R.661-1 du code de commerce.

¹²⁵⁷ Civ.2^e, 4 avr. 2002, Bull. civ. II, p. 69 ; D. 2002, AJ. 1484, obs. A. Lienhard ; Rev. Huissiers. 2002, p. 298, obs. Hoonakker; V. également Civ. 2^e, 19 mai 1999, D. 1999, IR. 164.

948. Ces dispositions, y compris la jurisprudence y afférente, mettent un point d'honneur sur la nécessité pour la caution ou tout justiciable de prendre connaissance des procédures qui les concernent¹²⁵⁸, car elles sont au cœur du point de départ du cours d'autres intérêts.

b. La mise en demeure et la sommation de payer, point de départ d'autres intérêts

949. La mise en demeure¹²⁵⁹ est un acte unilatéral par lequel une personne interpelle une autre pour lui prescrire de faire, de ne pas faire ou de donner quelque chose. Consacrée par l'article 1344-1 du code civil (ancien art. 1153 al.3), la mise en demeure de payer est la mesure par laquelle le créancier interpelle le débiteur et lui demande de lui payer une somme d'argent qu'il lui doit, lorsque celui-ci n'a pas ponctuellement exécuté son obligation. Toutefois, loin d'être une mesure d'exécution forcée, la mise en demeure constitue un instrument de pression du créancier sur le débiteur pour l'inciter, au même titre qu'une injonction de payer, à honorer volontairement son engagement. En d'autres termes, la mise en demeure constitue un acte unilatéral qui permet de saisir directement le débiteur en vue de lui intimer d'exécuter son engagement.

950. En saisissant ainsi le débiteur, le créancier ou un organisme de recouvrement l'informe qu'il souhaite obtenir sans tarder l'exécution de l'obligation de payer, en en rappelant la consistance¹²⁶⁰. Néanmoins, elle implique des conséquences pratiques sur le point de départ des intérêts. Par exemple, un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation décide que le point de départ des intérêts au taux légal dus par le maître de l'ouvrage est fixé au jour de la mise en demeure du maître de l'ouvrage d'avoir à payer les sommes pour lesquelles le sous-traitant exerce l'action directe¹²⁶¹.

951. Cette jurisprudence s'applique à tout débiteur, y compris à la caution, si bien qu'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 mai 1993¹²⁶² a eu l'occasion de rappeler que « les intérêts au taux légal de la somme, due par la société débitrice principale, incombent, à compter de l'assignation valant mise en demeure, à la caution à titre personnel, sur le fondement

¹²⁵⁸ CA Paris, 25 mars 2010, n° 09/01929 : « Considérant que c'est donc à bon droit que les premiers juges ont fixé, comme le demandait M. B..., le point de départ des intérêts, dus sur la majoration du capital, à compter du jour de la tentative de conciliation, date à laquelle l'employeur a eu connaissance de la procédure ».

¹²⁵⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 973.

¹²⁶⁰ Civ. 3^e, 31 mars 1971, Bull. civ. III, n° 230.

¹²⁶¹ Civ. 3^e, 30 oct. 1991, n° 90-10.956, D. 1992, p. 117.

¹²⁶² Com. 11 mai 1993, Bull. civ. IV, n° 182, p. 129; Rev. Banque oct. 1993. 100, obs. Guillot.

de l'article 1153, alinéa 3, du code civil »¹²⁶³. A défaut d'assignation, le créancier peut faire courir les intérêts de sa créance à partir d'une mise en demeure qui peut avoir d'autres conséquences pour le débiteur¹²⁶⁴.

952. En dehors de la mise en demeure, la sommation et le commandement de payer font également courir les intérêts contre la caution et la poussent, dans la pratique, à s'exécuter dans les meilleurs délais. Dans le cas contraire les intérêts qui en résultent aggravent son engagement, bien que cette aggravation soit aménagée dans le droit des procédures collectives.

Section 2. Une augmentation de la dette aménagée en droit français et en droit OHADA

953. Les aménagements de l'aggravation de l'engagement de la caution dans certaines procédures, en droit français, et droit OHADA, illustrent l'approche pragmatique du droit des procédures collectives en général, et l'impact de ce dernier sur le cautionnement en particulier¹²⁶⁵. Dans les deux systèmes de droit, cette aggravation résulte du maintien relatif du cours des intérêts à l'égard de la caution personne physique de sorte que la situation de celle-ci est alignée sur celle du débiteur principal. Autrement dit, la portée du maintien du cours des intérêts à l'égard de la caution se limite à la seule caution personne physique dans certaines procédures dans l'optique de favoriser leur attractivité. C'est sur ce point qu'il existe une divergence entre le droit français et le droit OHADA. Il existe une forme de chassé-croisé de l'aménagement du maintien du cours des intérêts à l'égard de la caution personne physique entre la sauvegarde en droit français et les procédures curatives du droit OHADA.

954. Dans la première situation, lorsque le législateur français aligne le sort de la caution personne physique sur celui du débiteur principal, en lui permettant d'opposer exceptionnellement au créancier poursuivant l'arrêt du cours des intérêts à l'égard du débiteur, le législateur OHADA entreprend le même alignement, mais à l'inverse, en maintenant le cours des intérêts à l'égard de la caution et le débiteur dans le cadre du règlement préventif. Dans la

¹²⁶³ Com. 11 mai 1993, préc. *supra* note 1255 ; V. également déjà en ce sens Com. 7 janv. 1992 : Bull. civ. IV, n° 2, p. 2 ; Com. 17 mars 1992 : Bull. civ. IV, n° 114, p. 83 ; Defrénois 1992. 1573, obs. J. Honorat.

¹²⁶⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 902.

¹²⁶⁵ P.M. Le Corre, L'évolution du droit des sûretés dans la confrontation au droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* p. 214 s.

seconde, en revanche, lorsque le législateur français maintient le cours des intérêts à l'égard de toute caution dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens, le législateur OHADA suit le chemin inverse, celui retenu en droit français dans la sauvegarde¹²⁶⁶. Dans ces deux situations, la caution personne physique peut se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts, au même titre que le débiteur principal conformément à l'article 77 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

955. Par ailleurs, les dispositions de ce même article, et celles de l'article L. 622-28 alinéa 1 du code de commerce, limitent également la portée de cette augmentation lorsque les intérêts à échoir résultent des crédits à moyen et long terme c'est-à-dire d'une durée d'au moins un an. La caution personne physique, ou la caution personne morale, reste tenue, au même titre que le débiteur principal, des intérêts résultant de contrats de prêt d'au moins un an ou de contrat assortis d'un paiement différé de la même durée.

956. Au regard de ce qui précède, il y a lieu de relever qu'il existe deux types d'aménagement que l'on peut classer en fonction de leur fondement : d'une part, un aménagement au profit de l'attractivité de certaines procédures du droit français et du droit OHADA (Paragraphe 1), d'autre part, un aménagement au profit du crédit de longue durée (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. Un aménagement au profit de l'attractivité de certaines procédures

957. Les législations française et OHADA permettent à la caution personne physique d'opposer au créancier poursuivant la règle de l'arrêt du cours des intérêts dont profite traditionnellement le débiteur principal en difficulté. Cette position, bien qu'elle rapproche désormais les deux législations, révèle des motivations distinctes. En droit français, cette situation avantageuse de la caution personne physique participe de l'attractivité de la prévention des difficultés de l'entreprise en général, et celle de la sauvegarde en particulier. Tandis que le choix du législateur africain participe plutôt de l'attractivité du traitement des difficultés de l'entreprise, ce qui peut paraître très surprenant¹²⁶⁷.

958. Il convient dès lors de distinguer l'opposabilité partielle de l'arrêt du cours des intérêts par la caution personne physique dans la sauvegarde en droit français, au profit de l'attractivité de celle-

¹²⁶⁶ V. *supra* n° 875 et 878 s.

¹²⁶⁷ Avant-projet d'amendement à l'Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif (art. 77), préc.

ci (A) et dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens en droit OHADA au profit de l'attractivité controversée de celles-ci (B).

A. L'opposabilité partielle de l'arrêt du cours des intérêts par la caution personne physique au profit de l'attractivité de la sauvegarde

959. Aux termes des dispositions de l'article L.622-28 alinéa premier du code de commerce la caution personne physique peut se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts. Autrement dit, elle bénéficie de l'arrêt du cours des intérêts des créances nées avant le jugement d'ouverture de la sauvegarde. Cette exception, que l'ordonnance du 18 décembre 2008 a étendue aux autres garants personnes physiques, ne se justifie pas, comme traditionnellement, par le principe d'égalité des créanciers, car elle constitue en elle-même une inégalité de traitement entre les différents créanciers dont la créance est garantie par un cautionnement ou une sûreté.

960. S'il est peu contestable que cette opposabilité s'explique en partie par la théorie de l'accessoire, en ce sens que l'obligation de la caution personne physique n'excède pas théoriquement ce qui est du par le débiteur principal¹²⁶⁸, il n'en demeure pas moins qu'elle peut se justifier par la volonté d'inciter le dirigeant caution à solliciter l'ouverture de la procédure de sauvegarde. En d'autres termes, comme le bénéfice de la suspension des poursuites, ou celui des délais de paiement et remises de dette du plan de sauvegarde, l'arrêt du cours des intérêts, à l'égard de la caution personne physique, participe de l'attractivité des procédures préventives en général et de la sauvegarde en particulier. Il faut encourager le dirigeant caution à solliciter précocement l'ouverture de la procédure afin de sauvegarder les chances de redressement du débiteur et éviter qu'il ne cesse ses paiements. De plus, à travers les dispositions de l'article L. 622-28, le montant de la créance de la caution personne physique se trouve réduit de la créance d'intérêts à échoir, au même titre que le débiteur. Elle perdrait cette faveur si le débiteur attend

¹²⁶⁸ Com. 11 mai 1993, RTD com. 1995, p. 202, obs. A. Martin-Serf ; *contra* : Ph. Simler et Ph. Delebecque, Droit des sûretés, JCP E 1994, n° 48, p. 408 ; V. également, A. Martin-Serf, comm. ss. Com. 11 mai 1993, préc. *supra* note 1261: l'auteur indique que « malgré sa logique issue du caractère accessoire de toute sûreté, la solution consistant à faire profiter la caution de l'arrêt du cours des intérêts était loin de faire l'unanimité, l'objection principale étant que la règle de l'article 55 de la loi de 1985 était conçue pour faciliter le redressement de l'entreprise débitrice principale et qu'il n'y avait aucune raison de l'étendre aux cautions ou codébiteurs » V. également en ce sens Coudert, La libération des intérêts dus par la caution et l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985, Banque et droit, nov.-déc. 1993, p. 7.

d'être en cessation des paiements pour solliciter l'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaires.

961. Cependant, le revers de la médaille de cette opposabilité de l'article L. 622-28 réside dans le maintien exceptionnel du cours des intérêts, pour les contrats de prêts conclus pour une durée égale ou supérieure à un an et pour les contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus, dans la même procédure. Comme le débiteur et *a fortiori* comme la caution personne morale, la caution personne physique ne peut alors opposer au créancier poursuivant la règle de l'arrêt du cours des intérêts.

962. L'aménagement de l'augmentation du montant de la créance à payer par la caution personne physique se limite donc au crédit à court terme dont la caractéristique principale est de soulager la trésorerie du débiteur. On peut considérer que le législateur décide de ne pas protéger ce type de crédit parce qu'il considère que leur dispensateur n'a pas pris de grand risque en y recourant, contrairement au dispensateur de crédit qui a consenti à recouvrer sa créance sur une plus longue durée. De plus, les crédits à moyen ou long terme semblent favoriser le financement des entreprises¹²⁶⁹, un paramètre important pour le débiteur dans l'optique de son redressement. L'idée est d'encourager les dispensateurs à maintenir leur soutien au débiteur, afin de favoriser la restructuration ou le redressement de l'entreprise.

963. Par ailleurs, la portée de cet aménagement ne semble pas se limiter à la période d'observation où, comme le débiteur, la caution personne physique bénéficie de la règle de la suspension des poursuites, elle s'étend à la phase d'exécution du plan de sauvegarde et à la clôture de celle-ci. Faut-il rappeler que durant l'exécution du plan, la caution personne physique profite des remises de dette et des délais de paiement qui porteraient sur la créance d'intérêts du débiteur conformément à l'article L. 626-11 alinéa 2 du code de commerce. L'opposabilité de l'arrêt du cours des intérêts constitue en ce sens une faveur supplémentaire au profit de l'anticipation des difficultés de l'entreprise.

964. En comparaison avec le droit OHADA, la caution personne physique semble plus protégée dans la sauvegarde que dans le règlement préventif, procédure équivalente du droit africain. Dans cette dernière, la caution, comme le débiteur, ne peuvent se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts conformément aux dispositions de l'article 10 de l'Acte uniforme portant organisation

¹²⁶⁹ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 755. A. Martin-Serf, RTD com. 1991, p. 664.

des procédures collectives d'apurement du passif. Dans le règlement préventif, la caution sera traitée *in duriolem causam*, car elle devra payer les intérêts aux taux légal ou conventionnel, les intérêts de retard et majorations. Néanmoins, si l'on étend la comparaison au débiteur, on constate que le traitement de la caution n'est pas en réalité différent de celui du débiteur dans la mesure où celui-ci ne profite pas davantage de l'arrêt du cours des intérêts.

965. Certes dans la pratique, il est fort à parier que ces intérêts feront très certainement l'objet des remises¹²⁷⁰, ou des délais de paiement, dans le cadre du concordat préventif, mais on peut regretter cette solution qui dessert l'attractivité de la procédure de règlement préventif et par ricochet l'approche préventive de celle-ci et le paiement des créanciers. En effet, l'application de l'article 10 implique, en cas de prolongation de la procédure, une augmentation de la dette du débiteur principal est susceptible de précipiter la cessation des paiements du débiteur. Cette observation est renforcée par le fait que dans la plupart des Etats membres de l'espace OHADA, il n'est pas rare que les taux d'intérêts pratiqués dépassent les 20%.

966. Il en est ainsi du Gabon. Les taux d'intérêts conventionnels pratiqués par les banques atteignent souvent les 23%. Leur application à la caution pour les prêts d'une durée supérieure à un an fragiliserait ses possibilités de paiement en même temps qu'elle alourdirait plus tôt le passif du débiteur de sorte à porter atteinte à l'exécution du concordat préventif. En revanche, il est vrai que le montant des intérêts calculés au taux légal sera moins élevé car les Etats membres de l'OHADA pratiquent généralement des taux inférieurs à 10%¹²⁷¹, lorsqu'en France il n'atteint pas les 5%. Il n'en demeure pas moins vrai que la caution africaine est moins avantagée que la caution française dans la procédure de sauvegarde. Il en va autrement dans la procédure de redressement judiciaire et dans la procédure de liquidation des biens.

¹²⁷⁰ Art. 10 AUPC.

¹²⁷¹ Il était par exemple de 3,5% au Sénégal en 2016 et au Togo en 2017 lorsqu'en France il était de 0,90% lorsque le créancier est un professionnel et de 4,16% lorsque le créancier est un particulier.

B. L'opposabilité controversée de l'arrêt du cours des intérêts par la caution personne physique au profit du redressement judiciaire et de la liquidation des biens

967. La portée du principe du maintien du cours des intérêts, qui entraîne l'augmentation de la créance à payer par la caution, se limite à la caution personne morale du débiteur en redressement judiciaire et plus étonnamment dans la liquidation des biens. Contrairement au droit français, elle ne s'étend pas à la caution personne physique, conformément à l'article 77 alinéa 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

968. A propos de la même question de l'opposabilité de l'arrêt du cours des intérêts, le législateur OHADA se distingue de son homologue français dans la mise en œuvre de celle-ci donnant aux procédures curatives le bénéfice d'une solution incitative au recours aux procédures préventives du droit contemporain des procédures collectives. Néanmoins, il n'en a pas toujours été ainsi. La solution *de lege lata*¹²⁷² n'est qu'une transposition de celle retenue dans la sauvegarde par la réforme du 10 septembre 2015 (II), alors que la solution contraire¹²⁷³ avait jusque-là, sous le régime de l'AUPC originel, prévalu (I).

I. Sous le régime de l'AUPC originel

969. L'article 77 dans sa rédaction issue de l'AUPC originel disposait que les créances de la masse des créanciers ne produisaient pas d'intérêts après la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, à l'exception des intérêts résultant de contrats de prêts d'une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. A l'image de régime appliqué sous la loi de 1985, le sort de la caution n'était pas expressément déterminé.

970. Toutefois, contrairement au droit français, il est difficile de dire quel est exactement la position des juges de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sur cette question, à défaut d'une jurisprudence affirmée. Les arrêts de la CCJA n'étant pas suffisamment divulgués, ainsi que ceux des juridictions nationales des Etats membre de l'OHADA sur ce sujet, on s'en remettra

¹²⁷² *De lege lata* : expression latine qui signifie selon la loi actuellement en vigueur ou en droit positif.

¹²⁷³ F.M. Sawadogo, *op. cit.* n° 207.

à d'autres éléments de droit pour une analyse objective de la situation de la caution. Or, ces éléments révèlent une situation incertaine de la caution sous l'AUPC de 1998, comme cela a pu être observé en droit français avant l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 13 novembre 1990¹²⁷⁴. De cette incertitude résultaient plusieurs grilles de lecture à propos de la détermination du sort de la caution.

971. Dans un premier temps, par analogie avec droit français, on aurait pu considérer que l'arrêt du cours des intérêts constituait une exception purement personnelle au débiteur, ce qui signifie au sens du droit OHADA une exception qui n'est pas inhérente à la dette et que la caution ne peut opposer au créancier. Si l'on tient compte de l'alinéa 1 de l'ancien article 18 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, l'arrêt du cours des intérêts rentrait difficilement dans le champ des exceptions non inhérentes à la dette dès lors qu'il tend à réduire la dette du débiteur. On pourrait dès lors leur opposer ces dispositions pour justifier une décision contraire.

972. Dans un second temps, toujours par analogie avec le droit français, on aurait pu estimer que l'obligation de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal, comme le suggérerait l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 13 novembre 1990 cité précédemment¹²⁷⁵. Cette interprétation aurait été une parfaite application de la règle de l'accessoire, notamment des dispositions de l'article 7 alinéa 3 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

973. Cependant, si ces deux interprétations s'appuient exclusivement sur le droit commun du cautionnement, il faut convenir que seule la première aurait été conforme à l'esprit même des procédures collectives telles qu'articulées dans l'AUPC. En effet, l'inapplication à la caution de la règle de l'arrêt du cours des intérêts rejoint davantage la tendance du législateur OHADA à assurer la protection des créanciers. L'idée étant, comme nous l'avons dit, de privilégier l'aspect économique du cautionnement, c'est-à-dire sa finalité ; toute interprétation favorable au créancier devait être retenue.

974. C'est par exemple le choix qu'avait fait le législateur français¹²⁷⁶ quatre ans avant l'adoption de l'AUPC de 1998 au bord de l'Estuaire au Gabon. Autrement dit, il y a lieu de considérer que le droit des procédures collectives issu de l'AUPC de 1998 était défavorable à la caution et

¹²⁷⁴ Com. 13 nov. 1990, préc. note 1054.

¹²⁷⁵ Com. 13 nov. 1990, préc. *supra*.

¹²⁷⁶ Art. 55 de la loi de 1985 dans sa rédaction issue de la loi n° 94-475 du juin 1994, préc.

altérerait par la même occasion le caractère accessoire de son engagement. Le traitement *in duriolem causam* de la caution n'était qu'une continuité de la politique générale de traitement des difficultés des entreprises en état de cessation de paiement. Les observations précédemment faites en droit français sur cette question sont ici valables. Néanmoins, la réforme du 10 septembre 2015, qui détermine désormais, à l'image de la loi de sauvegarde du droit français, la situation de la caution dans son ensemble, atténue cette solution.

II. La transposition controversée du modèle français de la sauvegarde dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens par la réforme de 2015

975. La réforme de l'AUPC de 2015 a mis fin à l'insécurité juridique dans laquelle était plongée la caution dans le droit ancien car les juridictions de chaque Etat membre de l'OHADA pouvaient interpréter le mutisme du législateur communautaire de la façon qui convenait. En effet, aux termes des dispositions de l'article 77 AUPC, dans sa rédaction issue de la réforme de 2015, la caution personne physique peut se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts dont bénéficie le débiteur dans le redressement judiciaire. Les conditions d'application de cette solution étant *mutatis mutandis* les mêmes que celles de la sauvegarde, la nouvelle solution du droit OHADA n'appellent pas davantage d'observations. Le créancier ne pourra réclamer à la caution personne physique que le paiement des intérêts échus à hauteur des engagements pris par elle et sous réserve des clauses du concordat de redressement.

976. Par ailleurs, cette mesure, comme celle résultant des dispositions de l'article 75-1, constitue un véritable tournant dans le traitement réservé à la caution du débiteur en redressement judiciaire ou en liquidation des biens. Il s'agit également d'une mesure qui permet au droit OHADA de se démarquer du droit français dont il s'inspire traditionnellement. Néanmoins, il serait incorrect d'examiner cette solution innovante sans s'interroger sur son opportunité et surtout son efficacité eu égard aux objectifs que le droit OHADA assigne à ces procédures dans l'ensemble. Aussi, ces aménagements du maintien du cours intérêts à l'égard de la caution poursuivent eux également des buts bien précis, dont certains sont partagés par le droit français et le droit OHADA. Il s'agit de favoriser le crédit à moyen et long terme.

Paragraphe 2. Un aménagement au profit du crédit à moyen et long terme

977. En droit français¹²⁷⁷ comme en droit OHADA¹²⁷⁸, l'arrêt du cours des intérêts cesse en présence de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus¹²⁷⁹. Autrement dit, les législateurs français et OHADA ont tenu à aménager le principe de l'arrêt du cours des intérêts en maintenant exceptionnellement ces derniers pour les crédits d'au moins un an c'est-à-dire des crédits à moyen ou long terme (A). Néanmoins, dans le cadre particulier du droit OHADA, la mise en œuvre de cet aménagement emporte des inconvénients particulièrement prononcés dans la pratique du crédit dans le secteur informel (B).

A. Le maintien exceptionnel du cours des intérêts pour les crédits à moyen ou long terme

978. Bien qu'il soit de nature à alléger le passif du débiteur¹²⁸⁰, le principe traditionnel de l'arrêt du cours des intérêts postérieurs au jugement d'ouverture ne vise pas les intérêts qui résultent de toute forme de crédit dont la durée est égale ou supérieure à un an. L'article L. 622-28 du code de commerce et l'article 77 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif organisent ce principe « à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêts conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus ». Autrement dit, pour ces prêts et contrats, les intérêts sont exceptionnellement maintenus.

979. Pour la doctrine, cette exception vise à ne pas décourager le crédit¹²⁸¹. En effet, si l'on considère les intérêts au sens strict comme étant la rémunération du capital, leur arrêt constituerait un manque à gagner pour celui qui consentirait un prêt d'au minimum un an au débiteur. La perte des intérêts à échoir serait de nature à dissuader par exemple une banque à consentir du crédit à un débiteur déjà en difficulté, un nouveau crédit nécessaire au maintien de son activité. Cela pourrait s'expliquer par la perte de confiance de ce dernier dans la

¹²⁷⁷ Art. L. 622-28 al. 1 C. com.

¹²⁷⁸ Art. 77 al. 1 AUPC

¹²⁷⁹ F.M. Sawadogo, *op. cit.* p. 204

¹²⁸⁰ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 747

¹²⁸¹ C. Saint-Alary-Houin, *ibidem*.

réussite de la restructuration du débiteur, à moins de solliciter des garanties suffisantes pour le recouvrement des fonds remis à ce dernier.

980. On pourrait par ailleurs imaginer un durcissement des conditions d'octroi du crédit car une banque n'a aucun intérêt à accorder du crédit à une entreprise si les chances de la rémunération des fonds consentis ne sont pas garanties. Ce serait pour lui un investissement à perte c'est-à-dire un prêt sans avantage pour le prêteur. Ce qui n'est pas habituel dans la pratique du crédit qui veut que les avances ou prêts de sommes d'argent soient rémunérés par des intérêts.

981. Cependant, ces affirmations doivent être relativisées dans la mesure où il n'est pas rare qu'un créancier ait un intérêt au maintien de l'activité d'une entreprise en difficulté. Dans ces conditions il aura plutôt tendance à accorder des prêts sans intérêt¹²⁸², de sorte que l'application de la règle du cours des intérêts ne le dissuaderait pas davantage à accorder le crédit à cette dernière. Il en est ainsi lorsque la société mère accorde un prêt à sa filiale en difficulté afin d'éviter sa liquidation judiciaire, celle-ci pouvant entacher son propre prestige commercial ou financier.

982. En tout état de cause, le maintien du cours des intérêts pour les prêts d'au minimum un an, ou les crédits sous forme de paiement échelonné de la même durée, est organisé dans le but de favoriser l'octroi du crédit nécessaire à la sauvegarde d'une entreprise en difficulté, mais aussi du maintien de la rémunération des prêteurs qui soutiennent l'activité économique des entreprises. La caution ne saurait en être exonérée tant que le débiteur y est soumis aussi bien dans le cadre du droit français que dans celui du droit OHADA. Dans celui-ci, l'application de l'exception au principe de l'arrêt du cours des intérêts présente des inconvénients qu'il convient d'examiner.

B. Les inconvénients de la règle dans la pratique du crédit dans le secteur informel des pays de l'espace OHADA

983. Le secteur informel qui constitue le moteur des économies africaines se nourrit des contrats généralement non écrits¹²⁸³. Ces derniers qui permettent au créancier d'octroyer un crédit ou micro-crédit au débiteur sans emprunter le schéma classique du système bancaire clairement

¹²⁸² *contra* : CA Lyon (2^e ch), 8 juin 2017, n° 15LY01912 : pour la cour d'appel de Lyon, un prêt sans intérêt constitue une pratique anormale s'il n'est pas justifié par une situation économique et financière difficile de l'emprunteur.

¹²⁸³ A. A. de Saba, Droit de l'OHADA et pratiques européennes, *op. cit.* n° 41 s.

établi¹²⁸⁴ met à la charge du débiteur l'obligation de rembourser l'argent perçu, en capital. L'alinéa premier de l'article 77 pose une difficulté quant à son application dans le secteur informel qui représente 55% du produit intérieur brut cumulé de toute l'Afrique subsaharienne selon la Banque africaine de développement¹²⁸⁵.

984. D'abord, l'article 77 s'applique aux « contrats de prêt ». Les prêts non écrits sont-ils visés ? Si le droit OHADA ne semble apporter aucune précision en la matière, le droit français offre des éléments de réponse probants qui paraissent transposables en droit OHADA. Or, dans celui-ci, nonobstant la controverse doctrinale née de l'interprétation de la notion de prêt¹²⁸⁶, et l'hésitation de la jurisprudence française¹²⁸⁷, retient une interprétation extensive de la notion de prêt. Cela signifie que le contrat de prêt s'entend aussi bien du contrat de prêt simple¹²⁸⁸ que du contrat de prêt bancaire¹²⁸⁹. Par conséquent, le contrat de prêt sans écrit serait visé par l'exception de l'article 77.

985. Ensuite, cet article vise les contrats de prêt dont la durée est égale ou supérieure à un an. Toute la difficulté réside dans la preuve de la durée des contrats de prêt sans écrit. En effet, dans la pratique, il n'est pas rare qu'en cas de litige, et avant toute poursuite judiciaire, le débiteur soit contraint de rédiger un acte sous seing privé dans lequel il reconnaît devoir une certaine somme au créancier¹²⁹⁰. Pourtant, cet acte constitue pour le créancier une preuve de sa créance qu'il pourra utiliser contre le débiteur si celui-ci ne s'exécutait toujours pas.

986. Toutefois, cet acte, peu importe sa forme, pourrait ne pas suffire pour opposer au créancier le principe de l'arrêt du cours des intérêts dans la mesure où la durée du crédit définie à l'article 77 est celle qui résulte du contrat initial, peu importe que le débiteur ait pris l'engagement ultérieur de rembourser la somme due sur une durée d'au moins d'un an. Par conséquent, le

¹²⁸⁴ A. Bénabent, *op. cit.* n° 1151.

¹²⁸⁵ Perspectives économiques en Afrique 2014, www.africaneconomicoutlook.org; V. également AFD, document de travail, mars 2006, p. 7 s. (le document consulté indique par exemple qu'entre 1980 et 1990, 90% des emplois créés hors secteur agricole en Afrique subsaharienne l'ont été dans le secteur informel. L'illustration du poids du secteur informel dans les économies africaines).

¹²⁸⁶ V. Bouthinon-Dumas, *op. cit.* n° 225 s. (pour une présentation panoramique des thèses en présence).

¹²⁸⁷ Contrat de prêt *lato sensu* : V. Bouthinon-Dumas, *op. cit.* n° 228 ; Com. 29 mai 2001, Bull. civ. IV, 106 ; D. 2001, AJ. p. 2122 s. note V. Avéna- Robardet ; JCP E 2001, p. 1423, note M. Cabrillac ; Contrat de prêt *stricto sensu* : V. Bouthinon-Dumas, *op. cit.* n° 226 s. ; Com. 9 janv. 2001, Bull. civ. IV, n° 1 ; RTD com. 2001, p. 975, note A. Martin-Serf ; RD banc. et fin. 2001, n° 3, p. 165, note F.X. Lucas.

¹²⁸⁸ A. Bénabent, *op. cit.* n° 113.

¹²⁸⁹ A. Bénabent, *op. cit.* n° 1151.

¹²⁹⁰ Droit français : art. 1376 C. civ.

contrat de prêt conclu sans écrit n'entre pas dans le domaine d'application du principe du maintien des intérêts consécutif à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens.

TITRE 2. LA RESTRICTION DU DROIT AU REMBOURSEMENT DE LA CAUTION SOLVENS

987. En droit commun, il est de droit que la caution qui a payé, généralement appelée caution *solvens*, dispose de plusieurs recours contre le débiteur principal¹²⁹¹ conformément aux dispositions des articles 2305 du code civil et 32 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés. L'idée est de permettre à la caution qui a payé de se faire rembourser les sommes qu'elle a réglées au créancier pour payer la dette du débiteur principal conformément à son engagement unilatéral¹²⁹².

988. Si ces recours de la caution *solvens* se justifient pour certains auteurs¹²⁹³ par la justice corrective¹²⁹⁴, d'autres¹²⁹⁵ relèvent plutôt le fait que la caution étant un débiteur accessoire, elle n'a pas à supporter la charge définitive de la dette du débiteur principal¹²⁹⁶ ; il n'en demeure pas moins qu'ils sont aléatoires¹²⁹⁷. C'est en ce sens qu'un auteur affirme que « les chances pour la caution d'obtenir le remboursement des sommes qu'elle a versées (ou devra verser) au créancier sont minimales »¹²⁹⁸. En d'autres termes, l'efficacité du recours en remboursement de la caution ne peut prospérer que si le débiteur est réellement solvable, ou si sa solvabilité est imminente ou probable, au risque d'être théorique.

989. Dans le cadre du droit des procédures collectives, rien n'interdit expressément à la caution *solvens* de poursuivre le débiteur en difficulté. En droit français comme en droit OHADA des procédures collectives, seule une disposition permet expressément à la caution *solvens* d'exercer

¹²⁹¹ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 828 s. ; Pothier, *op. cit.* n° 430 s. ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 326 s. ; A. Minkoa-She, Les garanties personnelles, *op. cit.* n° 279 s. ; S. Piedelièvre, *op. cit.* n° 146 s. ; S. Atsarias, La protection des garants des dettes de l'entreprise, *op. cit.* n° 958 s. ; Ch. Juillet, *op. cit.* n° 317 s.

¹²⁹² Art. 2305 s. C. civ. ; art. 31 s. AUS.

¹²⁹³ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 325.

¹²⁹⁴ M. Bourassin et V. Brémond, *ibidem.* : partant du postulat selon lequel le paiement de la caution *in bonis* enrichit le patrimoine du créancier et appauvrit le sien, l'idée consiste à permettre à la caution de bénéficier d'un recours qui lui donne la possibilité de rétablir l'injustice qui résulte de son paiement. Ainsi, pour ces auteurs la justice corrective consiste à « rétablir l'équilibre entre le patrimoine du débiteur et celui de la caution, équilibre rompu par le paiement de celle-ci, le code civil offre à la caution qui a payé des recours en remboursement ».

¹²⁹⁵ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 828 ; S. Astarias, *op. cit.* n° 956 ; S. Piedelièvre, *op. cit.* n° 146.

¹²⁹⁶ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *ibid.* : La caution *solvens* « n'a pas à supporter la charge (définitive) de la dette. Le débiteur s'enrichirait sinon à son détriment, la caution serait victime du service rendu. A moins que le débiteur prouve que « la caution a payé dans une intention libérale (cautionnement -libéralité), ce qui exclut toute obligation de remboursement à sa charge » (Ch. Juillet, *op. cit.* n° 318).

¹²⁹⁷ S. Atsarias, *op. cit.* n° 955.

¹²⁹⁸ F. Lefebvre, Cautionnement de dettes professionnelles, Dossiers pratiques Francis Lefebvre, n° 7900.

son recours en remboursement contre le débiteur en cas de clôture de la procédure de liquidation judiciaire¹²⁹⁹ ou de liquidation des biens pour insuffisance d'actif. Une faveur refusée au demeurant aux autres créanciers¹³⁰⁰. On pourrait dès lors en déduire que le droit commun s'applique dans les mêmes conditions que celles définies aux articles 2305 et suivants du code civil et aux articles 32 et suivants de l'AUS de sorte que la caution *solvens* recouvrerait sa créance de remboursement.

990. Il n'en est rien comme le suggère un auteur. En effet, une analyse minutieuse de l'efficacité du recours en remboursement dans les différentes phases de la procédure et les différentes procédures entre elles révèle une restriction du recours de la caution *solvens*. Celle-ci résulte essentiellement de la discipline collective car les mesures caractéristiques et celles complémentaires des procédures collectives ne permettent pas à la caution *solvens* de poursuivre le débiteur dès le jugement d'ouverture des procédures préventives et des procédures curatives. Dès lors que sa créance de remboursement est, malgré la controverse sur sa nature¹³⁰¹, considérée comme une créance antérieure¹³⁰², la caution *solvens* sera traitée comme tous les créanciers antérieurs. Elle ne pourra, ainsi qu'on le démontrera¹³⁰³, exercer son recours personnel contre le débiteur ni durant la période d'observation¹³⁰⁴ ni durant l'exécution du plan ou du concordat¹³⁰⁵.

991. Cependant, cette restriction du droit au remboursement de la caution *solvens* n'est pas toujours synonyme d'une perte totale de sa créance de remboursement tant elle peut se prévaloir de certains moyens de défense contre le créancier¹³⁰⁶, ou de certains engagements d'autres tiers garants directs ou indirects de la dette cautionnée. Les poursuites contre ces derniers pourraient bien préserver les chances de recouvrement de la créance de remboursement de la caution *solvens* et par ricochet alléger son engagement. Encore faut-il le que le tiers poursuivi soit solvable et que les mécanismes de recouvrement dont disposerait la caution *solvens* lui permettent de recouvrer la totalité de sa créance. Il en résulte que la restriction du droit au remboursement de la caution

¹²⁹⁹ Art. L. 643-11-II C. com. ; Com. 28 juin 2016, n° 14.21810 (La caution *solvens*, peu importe qu'elle ait payé avant, pendant ou après l'ouverture de la procédure collective, peut poursuivre le débiteur pour le paiement de sa créance de remboursement au-delà de la clôture de la procédure).

¹³⁰⁰ Art. L. 643-11-I C. com.

¹³⁰¹ S. Atsarias, *op. cit.* n° 961 s.

¹³⁰² N. Leblond, *op. cit.* p. 27, n° 20; A. Jacquemont, R. Varbes et T. Mastrullo, *op. cit.* n° 414.

¹³⁰³ V. *infra* n° 994 s. et 1002 s.

¹³⁰⁴ V. *infra* n° 1009 s.

¹³⁰⁵ V. *infra* n° 1056 s.

¹³⁰⁶ Art. 2306 C. civ. ; art. 31 AL. 1 AUS; V. également en ce sens S. Piedelièvre, *op. cit.* n° 152 ; A. Minkoa She, *op. cit.* n° 282.

solvens se manifeste d'une part, par la déliquescence de son recours personnel inhérent à la discipline collective (Chapitre 1), d'autre part, par la préservation, au demeurant aléatoire, des chances de recouvrement de la créance de remboursement (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA DELIQUESCENTE DU RECOURS PERSONNEL DE LA CAUTION INHERENT A LA DISCIPLINNE COLLECTIVE

992. L'étymologie du terme déliquescence vient du latin *deliquescere* qui signifie déliquéfier. Au sens scientifique du terme, notamment en chimie, c'est le fait pour certaines substances solides de se liquéfier ou se fondre lentement par absorption progressive de l'humidité atmosphérique¹³⁰⁷. En revanche, il s'agit, au sens courant, de la perte de force ou d'énergie et de cohésion d'une chose c'est à dire de l'état d'une chose dont la qualité principale est très affaiblie. Quant à la discipline collective, elle désigne l'ensemble des mesures de traitement collectif des créanciers et des difficultés de l'entreprise¹³⁰⁸ pour laquelle elles sont prises¹³⁰⁹. Il en est ainsi des règles caractéristiques de l'arrêt des poursuites et des voies d'exécution des créanciers contre le débiteur¹³¹⁰, de l'interdiction des paiements¹³¹¹ et des mesures complémentaires qui garantissent le traitement collectif des créanciers¹³¹².

993. Le lien entre ces deux notions peut être établi dans le cadre de l'examen de l'exercice du recours personnel de la caution dans les procédures collectives, car il permet d'établir la perte d'efficacité du recours personnel de la caution au contact de la discipline collective. Autrement dit, la déliquescence du recours personnel de la caution *solvens* trouve son origine dans la discipline collective mise en place pour pallier les difficultés de l'entreprise et assurer un traitement égalitaire de ses créanciers. Les mesures qui constituent la discipline collective étant

¹³⁰⁷ Définition tirée du dictionnaire Le Petit Robert.

¹³⁰⁸ Civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, JurisData n° 2005-013492, 2005-013496 et 2005-013490 ; RD banc. et fin. 2002, comm. 8, p. 126, note A. Cabrillac et D. Legeais : constitue une entreprise au sens de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier, toute personne physique ou morale ayant une activité économique, qu'elle soit commerciale, artisanale, agricole ou libérale ; V. également R. Porreca, Le recours au cautionnement en matière de procédures collectives, RD banc. et fin. mars-avr. 2010, doss. 15, p. 110.

¹³⁰⁹ V. en ce sens M. Jeantin, P. Le Cannu, *op. cit.* n° 296 s.

¹³¹⁰ Droit français : art. L. 611-10-1 (conciliation- la suspension des poursuites a lieu durant l'exécution de l'accord constaté ou homologué) - art. L. 622-21 (Sauvegarde) - art. L. 631-14 (Redressement judiciaire) - art. L. 641-3 C. com. (Liquidation judiciaire); Droit OHADA : art. 75 AUPC.

¹³¹¹ Droit français : art. L. 622-7 C. com. (Sauvegarde) – art. L.631-14, I (Redressement judiciaire) et art. L.641-3 (Liquidation judiciaire) ; Droit OHADA : il est surprenant de constater que le droit OHDA des procédures collectives ne consacre pas l'interdiction des paiements. Aucune disposition n'interdit expressément au débiteur qui le souhaite de payer un créancier antérieur ou postérieur (V. en ce sens H.S. Sidibé, Le sort des créances postérieures en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Th. Nice 2013, n° 555, p. 275 ; V. également J. Vallansan (avec la collaboration de Laurence Fin-Langer), Guide des procédures collectives, LexisNexis 2018, Fiche n° 18, n° 369 s.

¹³¹² M. Cottet, *op. cit.* n° 330 s. : il en est ainsi de l'octroi des remises de dette et délais de paiement au débiteur, de la déclaration des créance.

en principe opposables *erga omnes*, la caution qui a payé le créancier ne peut efficacement exercer son recours en remboursement sans tenir compte des applications qui en sont faites de l'ouverture de la procédure à son dénouement.

994. Cette déliquescence se traduit par deux principaux caractères. Premièrement, les règles caractéristiques de la suspension des poursuites¹³¹³ et de l'interdiction des paiements¹³¹⁴ semblent neutraliser le recours personnel de la caution comme toute action en paiement de tout créancier non privilégié. La caution *solvens* ne peut recevoir son remboursement sur le fondement de l'article 2305 du code civil et 32 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, car les dispositions de l'article L. 622-7 du code de commerce interdisent au débiteur de payer les créanciers antérieurs et, depuis la loi de sauvegarde de 2005¹³¹⁵, ceux qui ne remplissent pas les conditions de l'article L. 622-17 alinéa 1 du code de commerce.

995. Aussi, malgré le silence de la loi, le recours de la caution est, par interprétation de l'article L. 622-21- I du même code, *a priori*, soumis à la règle de l'arrêt des poursuites et des voies d'exécution dans la mesure où ce recours tend essentiellement au paiement d'une somme d'argent. Ce qui signifie que le recours personnel de la caution est paralysé en droit français dès l'ouverture des procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, sous réserve des cas de reprises de poursuites.

996. Ces deux mesures classiques des procédures collectives empêchent la caution d'exercer son recours récursoire pour obtenir le remboursement de ce qu'elle a dépensé en lieu et place du débiteur, et ce, de l'ouverture de la procédure à sa clôture. Le droit commun retrouvant toute sa vigueur à la fin de la procédure et en cas d'échec du plan¹³¹⁶, la caution pourra exercer son recours en paiement seulement à ce moment précis.

997. Deuxièmement, l'importance et l'intérêt de la recherche de solutions aux difficultés de l'entreprise et la garantie de la bonne exécution du plan limitent l'exercice du recours personnel de la caution durant l'exécution du plan ou du concordat. Peu importe la qualité de leur auteur, les poursuites en paiement ont le même effet pour le débiteur. Lors de la période d'observation, elles perturbent la sérénité des négociations avec les créanciers. Or, l'un des buts de la règle de

¹³¹³ Art. L. 622-21-I C. com.

¹³¹⁴ Art. L. 622-7-I C. com.

¹³¹⁵ L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 (art. 33) complétée par l'ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008 (art. 29), préc.

¹³¹⁶ L. Aynès, P. Crocq, Droit des sûretés, *op. cit.* n° 411.

l'arrêt des poursuites des créanciers n'est-il pas de favoriser le processus d'adoption du plan et du concordat ?

998. Il en est de même des mesures complémentaires de la discipline collective¹³¹⁷, l'objectif commun étant de parvenir, à travers ces négociations collectives non exclusives¹³¹⁸ des dispositions du plan ou du concordat, à des solutions adaptées à la situation du débiteur. Il en va de l'efficience des mesures qui lui sont consenties¹³¹⁹. Autrement dit, il faut considérer que l'importance de la restructuration de l'entreprise en difficulté à cette étape de la procédure constitue un obstacle à l'exercice du recours en remboursement de la caution au même titre, *mutatis mutandis*, que l'arrêt des poursuites des créanciers. A l'évidence, l'action en paiement de la caution se conçoit mal avec le processus d'adoption du plan ou du concordat qui tend à faciliter la sauvegarde et le sauvetage de l'entreprise¹³²⁰.

999. De plus, les délais de paiement accordés au débiteur dans le cadre du plan et du concordat impliquent une suspension *ipso facto* des poursuites des créanciers. Les délais de paiement constituent de ce point de vue un prolongement de la mesure de la suspension des poursuites des créanciers¹³²¹ pour les créances dont l'exigibilité interviendra durant l'exécution du plan ou dont l'exigibilité est antérieure. De même, les remises de dette consenties au créancier dans le cadre du plan sont supposées réduire la créance réclamée par le créancier à hauteur de la remise accordée au débiteur. Une remise partielle implique logiquement un paiement partiel de la caution et à l'inverse un recours en remboursement partiel du fait de cette remise.

¹³¹⁷ V. en ce sens F. Macorig-Venier, C. Saint-Alary-Houin, Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, Rev. proc. coll. 2009, doss. 9, n° 9, p. 66.

¹³¹⁸ Dans le processus d'adoption du plan ou du concordat, les négociations entre le débiteur principal et les créanciers sont collectives en ce sens que c'est au sein des organes représentatifs des créanciers tels que la masse des créanciers en droit OHADA et le comité des créanciers que ces derniers valident les mesures les concernant. Néanmoins, il n'est pas exclu que les créanciers, pris individuellement, soient consultés pour consentir des délais de paiement ou des remises de dette au débiteur principal. V. également en ce sens F. Macorig-Venier, Corine Saint-Alary-Houin, *ibidem* n° 25 s.

¹³¹⁹ V. en ce sens F. Macorig-Venier, C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.*, n° 16 s.

¹³²⁰ Pour la différence entre la « sauvegarde » et le « sauvetage » : Ph. Roussel Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté, De la théorie à la pratique, préf. D. Tricot, Litec 2007, 2^e éd., n° 260, p. 132 (la différence entre les deux termes réside dans le fait que le premier est destiné à assurer la protection du débiteur parce qu'il est fragile. Tandis que le sauvetage va au-delà de la protection et a une connotation plus technique et organisationnelle. Il tend à réorganiser l'entreprise et à déterminer les responsabilités des acteurs présents.) ; V. également en ce sens R. Akono Adam, Les sûretés à l'épreuve de la réforme OHADA des procédures collectives du 10 septembre 2015, Banque et droit, n° 178, mars-avr. 2018, note de bas de page n°13, p. 13 : l'auteur cite l'analyse du professeur Roussel Galle précédemment indiquée.

¹³²¹ V. *supra* n° 594 s.

1000. Aussi, faut-il observer que le recours de la caution en remboursement de sa créance ne peut ignorer ces dispositions du plan et du concordat, car non seulement elles sont opposables à tous, mais en outre étant celui qui, souvent, les consent au débiteur il ne peut les ignorer sans remettre en cause leur efficacité. En cela, la phase préalable à l'adoption du plan ou du concordat et l'exécution des dispositions qui y sont contenues constituent des verrous au recours personnel de la caution. Celle-ci ne peut exercer ce recours dans les conditions normales du droit commun, notamment quant à l'exigibilité de la créance de remboursement et à son *quantum*.

1001. Au regard de tout ce qui précède, la discipline collective neutralise le recours personnel de la caution dès l'ouverture de la procédure à travers les mesures caractéristiques du droit des procédures collectives durant la période d'observation (Section 1), ainsi que celles qui les complètent durant l'exécution du plan et du concordat (Section 2).

Section 1. La neutralisation du recours personnel de la caution *solvens* par les mesures caractéristiques du droit des procédures collectives

1002. Il est généralement admis que, contrairement au recours subrogatoire, « le recours personnel permet à la caution de demander plus que ce qu'elle a payé au créancier »¹³²². Cette caractéristique fait du recours en remboursement une action de premier plan dans la quête du recouvrement de sa créance. Le débiteur principal devrait lui payer, outre le principal et les traditionnels accessoires¹³²³, les frais de procédures, et les dommages et les intérêts s'il y a lieu conformément aux dispositions de l'article 2305 du code civil français applicable dans plusieurs pays de l'espace OHADA.

1003. L'intérêt de la caution au maintien de ce recours est primordial pour l'équilibre de ses finances, aussi bien pour la personne physique que pour la personne morale, de telle sorte que l'en priver compromettrait ses prévisions financières. Surtout, cette privation perturberait l'équilibre du cautionnement dans la mesure où, par le paiement effectué au créancier, elle appauvrit son patrimoine et ne peut le reconstituer à cause de la neutralisation de son recours¹³²⁴.

¹³²² Lamy droit du financement, n° 4023.

¹³²³ V. *supra* n° 870.

¹³²⁴ V. en ce sens G. Mégret, *op.cit.* n° 279 et 283 s. (sur le déséquilibre patrimonial résultant du paiement de la caution).

1004. Par ailleurs, sur un plan purement théorique, priver la caution de son droit de recours en remboursement est contraire à la règle de l'accessoire dans la mesure où cela contrevient aux dispositions de l'article 2290 du code civil et de l'article de l'AUS qui consacrent le droit de la caution à ne pas être moins bien traitée que le débiteur principal. Le recours en remboursement de la caution constitue en cela une manifestation de la règle de l'accessoire¹³²⁵ et vise à rétablir l'actif de la caution amputé du paiement effectué pour le compte du débiteur principal. Dans le cadre du redressement judiciaire et de la liquidation des biens, aucune règle n'interdit expressément à la caution de mettre cette action en œuvre. Dès lors, il n'est pas inexact d'affirmer que la caution qui a payé peut en principe exercer, après le jugement d'ouverture de la procédure, son action en remboursement contre le débiteur principal.

1005. Cependant, l'interprète se garderait d'une telle analyse simpliste car elle ne tiendrait pas compte de la discipline collective à laquelle les créanciers non privilégiés sont soumis dès l'ouverture de la procédure. Ces derniers sont soumis aux règles fondamentales de la suspension des poursuites individuelles et de l'interdiction des paiements conformément aux articles L. 622-21-I et L. 622-7, I du code de commerce et de l'article 75 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Pour la caution, elles signifient que le débiteur ne peut lui rembourser ce qu'elle a payé au créancier pour lui. Elle ne peut pas davantage mettre en œuvre le recours personnel dont elle dispose car celui-ci se trouverait automatiquement neutralisé par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles contre le débiteur.

1006. En outre, dans la mesure où l'ouverture de la procédure, et les mesures de traitement des difficultés de l'entreprise qu'elle entraîne, ont notamment pour finalité de faciliter un accord entre le débiteur en difficulté et ses créanciers, le recours prématuré de la caution contre le débiteur durant les négociations contreviendrait au bon déroulement de celles-ci. C'est d'ailleurs, la raison pour laquelle, les poursuites sont arrêtées à l'égard du débiteur pour lui permettre de rechercher sereinement les solutions efficaces et nécessaires à son redressement.

1007. Dans la pratique, l'intérêt de cette issue conventionnelle du traitement des difficultés de l'entreprise est au cœur du système de prévention des difficultés de l'entreprise aussi bien en droit français qu'en droit OHADA comme l'illustrent les dernières réformes intervenues dans les

¹³²⁵ A. Cerles, *Le cautionnement et la banque*, *op. cit.* p. 120.

deux systèmes de droit. Il existe ainsi une prépondérance de l'intérêt de cette issue conventionnelle sur le recours en remboursement de la caution après l'ouverture de la procédure.

1008. La neutralisation du recours en remboursement de la caution contre le débiteur principal se manifeste en premier lieu, par la soumission de ce recours aux effets des mesures caractéristiques de la procédure (Paragraphe 1). En second lieu, dans l'optique d'un traitement optimal des difficultés du débiteur, elle se manifeste également par la prépondérance de la sérénité des négociations inhérentes à l'adoption du plan ou du concordat et de son efficience (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La soumission du recours de la caution à la suspension des poursuites et des voies d'exécution

1009. Le domaine de la règle de la suspension des poursuites et des voies d'exécution englobe *in fine* d'une part, les actions qui visent directement ou indirectement au paiement d'une somme d'argent sous réserve des exceptions que définit le législateur, d'autre part, ces actions doivent viser le paiement de créances dites antérieures et plus largement de toutes celles qui ne sont pas concernées par le privilège de l'article L. 622-17 du code de commerce en droit français¹³²⁶ et l'article 11-1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Seules les actions et les créances qui présentent ces caractéristiques peuvent être suspendues par la décision d'ouverture de la procédure collective.

1010. Pour autant, une analyse minutieuse de la situation de la caution qui a payé la créance du débiteur principal avant la clôture de la procédure révèle que celle-ci ne peut exercer efficacement son recours personnel en remboursement dès l'ouverture de la procédure tant celui-ci est malmené par la règle de la suspension des poursuites et des voies d'exécution. Autrement dit, le recours en remboursement de la caution *solvens* présente des caractéristiques précédemment indiquées¹³²⁷.

1011. Cette soumission se justifie d'une part, par la nature de sa créance de remboursement, qui est assimilée aux créances visées par la règle de la suspension des poursuites et des voies d'exécution, c'est-à-dire une créance non privilégiée (A), d'autre part, par la nature de son recours en remboursement qui correspond aux actions visées par la même règle (B).

¹³²⁶ Sauvegarde : art. L. 622-17 ; Redressement judiciaire : art. L. 631-14 ; Liquidation judiciaire : art. L. 640-13.

¹³²⁷ V. *supra* n° 1002

A. L'assimilation de la créance de remboursement aux créances visées par la règle de la suspension des poursuites

1012. De manière générale, deux types de créances sont soumises à la suspension des poursuites individuelles des créanciers. Il s'agit des créances nées antérieurement à la décision d'ouverture de la procédure préventive ou curative et des créances jugées inutiles à la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté « parce qu'elles ne sont pas nées pour les besoins de la procédure, de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur »¹³²⁸. La créance de remboursement de la caution *solvens* présente ces deux caractères. Dès lors, l'examen de son antériorité (I) précèdera celui de l'absence de son privilège (II).

I. L'antériorité de la créance de remboursement de la caution *solvens*

1013. La nature de la créance de remboursement de la caution, ou la nature de son recours en remboursement, a souvent fait l'objet d'une controverse doctrinale¹³²⁹ en droit commun. Ce débat qui s'est invité dans le cadre des procédures collectives¹³³⁰ suggère de considérer la créance de remboursement de la caution, qui a payé le créancier avant ou durant la période d'observation, comme un créancier antérieur au jugement d'ouverture. Dès lors, son recours personnel en remboursement est soumis à la règle de la suspension des poursuites contre le débiteur¹³³¹ au même titre que tout créancier antérieur au sens de l'article L. 622- 21 du code de commerce et de l'article 9 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

1014. Pour la doctrine, cette position se justifie par le fait que la créance de remboursement de la caution « naît du jour de l'engagement de la caution et non du jour du paiement par cette caution de la créance garantie »¹³³². L'antériorité de la formation du cautionnement par rapport au

¹³²⁸ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 679, p. 436.

¹³²⁹ S. Atsarias, *op. cit.* n° 961 s. (pour une présentation panoramique des différentes conceptions doctrinales de la nature de la créance de remboursement de la caution *solvens*).

¹³³⁰ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 844.

¹³³¹ V. *supra* n° 1009 s.

¹³³² A. Jacquemont, R. Varbes et T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, Lexisnexis 10^e éd., n° 414 (l'auteur part du postulat selon lequel à partir du moment où en droit commun toutes les créances contractuelles trouvent traditionnellement leur fait générateur dans la conclusion du contrat, il faut en déduire logiquement que la créance de remboursement de la caution trouve, lui aussi, son fait générateur dans la formation du contrat de cautionnement. L'auteur souligne par ailleurs, le cas particulier des contrats à exécution successive dont la nature est tout aussi particulière mais fondée cette fois-ci sur le paiement).

jugement d'ouverture de la procédure confère à la créance de remboursement de la caution son caractère antérieur. Peu importe que son paiement soit intervenu durant la période d'observation ou même durant l'exécution du plan ou du concordat.

1015. Dans le cadre de la liquidation judiciaire, un auteur indique que la créance de remboursement naît lors de la formation du contrat de cautionnement en même temps que le recours personnel¹³³³. Cela s'explique par le fait que « ce recours (...) est fondé par les rapports entretenus par la caution et le débiteur. Or, ces relations étant antérieures à la procédure, qui naissent du fait de l'existence du cautionnement, la créance que représente le recours personnel est antérieure »¹³³⁴. Par conséquent, celui-ci n'échappe pas aux dispositions de l'article L. 641-3 du code de commerce. Dès cet instant, on peut observer que dès la formation du contrat de cautionnement la caution détient une créance virtuelle sur le débiteur et que celle-ci existe avant même qu'elle n'ait donné satisfaction au créancier en lieu et place du débiteur principal.

1016. Cette satisfaction que la caution donnerait au créancier constituerait, en revanche, le moment à partir duquel la caution pourra poursuivre le débiteur principal en remboursement¹³³⁵. Si la caution paie avant l'ouverture de la procédure, elle pourrait exercer son recours récursoire dès cet instant sans attendre que le juge des procédures collectives statue sur la situation du débiteur principal. En d'autres termes, le recouvrement de la créance de remboursement est voué à l'échec dans la mesure où le droit des procédures collectives astreint le recouvrement des créances antérieures à la règle de l'arrêt des poursuites et interdit au débiteur de payer tout créancier sous peine de sanctions civiles ou pénales. De ce point de vue, la caution, dont le cautionnement a été formé avant l'ouverture de la procédure collective, est condamnée à n'être qu'un créancier antérieur dont les droits sont restreints.

¹³³³ N. Leblond, Précisions sur les recours de la caution après une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif, et peut-être un peu plus ..., Rev. proc. coll. sept-oct. 2009, p. 27, n° 20.

¹³³⁴ N. Leblond, *ibidem*.

¹³³⁵ V. en ce sens A. Honorat, commentaires sous Com. 19 mars 1991, D. 1991, p. 386 (à propos de la naissance de la créance de salaire échue après l'ouverture du redressement judiciaire) : pour l'auteur « dans tout contrat de travail, le salaire n'est dû qu'en contrepartie du travail fourni ; il serait logique par conséquent de considérer que chaque créance de salaire qui découle d'un contrat de travail ne prend naissance, compte tenu de son fait générateur, qu'au moment où le travail est effectué ». La créance de salaire ne naît donc pas lors de la formation du contrat de travail, mais au fur et à mesure que le salarié fournit le travail attendu par son employeur (Soc. 29 oct. 2002, Bull. civ. V, n° 323, p. 311 cité par J. Ghestin, *op.cit.* n° 43).

1017. Par ailleurs, la jurisprudence française semble s'être alignée sur cette position¹³³⁶. Elle admet ainsi la soumission de l'action en paiement de la caution *solvens* contre le débiteur à l'arrêt des poursuites contre ce dernier. Partant du postulat selon lequel la créance de la caution prend naissance au jour de son engagement¹³³⁷ qu'elle ait agi avant le paiement ou après¹³³⁸, peu importe que son paiement intervienne avant ou après le jugement d'ouverture¹³³⁹, le recours de la caution *solvens* ne peut prospérer contre le débiteur faisant l'objet d'une sauvegarde ou d'un règlement préventif et d'un redressement judiciaire¹³⁴⁰. Eu égard à la nature de la créance de la caution *solvens*, l'exercice du droit au remboursement de celle-ci sera confronté aux mêmes difficultés que l'exercice du droit de contrainte du créancier antérieur ordinaire¹³⁴¹, mais aussi du créancier non privilégié de manière générale.

II. La créance de remboursement de la caution solvens, une créance non privilégiée

1018. La distinction traditionnelle entre la créance de remboursement, née de la formation du contrat de cautionnement, et celle née du paiement de la dette principale, nous semble dépassée dans le droit contemporain des procédures collectives. En France, depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005¹³⁴² et l'ordonnance du 18 décembre 2008¹³⁴³, et en droit OHADA depuis la

¹³³⁶ Com. 3 fév. 2009, Rev. proc. coll. Sept.-oct. 2009, obs. N. Lebond; Com. 1 avr. 2008, n° 07-12.238; JCP G 2008, n° 152, note Ph. Simler; Com. 1 mars 2005, n° 02-13.176; D. 2005, jur. P. 1365, note P.M. Le Corre.

¹³³⁷ F. Lefebvre, *op. cit.* n° 7915 et 7995 ; S. Piedelièvre, *op. cit.* n° 150 ; N. Lebond, Précisions sur le recours de la caution après une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif, et peut-être un peu plus ..., *op. cit.* n° 2 et 3.

¹³³⁸ Com. 3 fév. 2009, préc. *supra* note 1330: « la créance de la caution qui agit avant paiement contre le débiteur principal (...) prend naissance à la date de l'engagement de caution ».

¹³³⁹ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 841 s.

¹³⁴⁰ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 681.

¹³⁴¹ M. Bourassin et V. Brémond, *ibidem*.

¹³⁴² Loi de sauvegarde n° 2005-845 du 26 juillet 2005, art. 33 : L'article L. 622-17 est ainsi modifié : 1° Les I et II sont ainsi rédigés : « I. - Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période, sont payées à leur échéance. « II. - Lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du code du travail, de celles garanties par le privilège des frais de justice et de celles garanties par le privilège établi par l'article L. 611-11 du présent code. » ; V. également F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 41 : pour les auteurs, la loi du 25 juillet 2005 a émuoussé la distinction entre les créanciers dont la créance est née avant l'ouverture de la procédure et ceux dont la créance est née régulièrement après cette date ; L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.* n° 411-2° et n° 412 sur le privilège de « new money » accordé à ceux qui consentent, durant la procédure de conciliation, un apport en trésorerie ou qui fournissent un nouveau bien ou service au débiteur.

¹³⁴³ Ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008, art. 29 : L'article L. 622-17 est ainsi modifié :

1° Au I, les mots : « pour son activité professionnelle » sont supprimés.

réforme de l'AUPC du 10 septembre 2015¹³⁴⁴. En effet, l'intérêt de la détermination de la nature de la créance de remboursement dans les procédures collectives était justifié par la dualité de régime entre la créance postérieure et la créance antérieure résultant des dispositions de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 devenu article L.622-17 du code de commerce.

1019. Dans cette dualité, les créances, dites postérieures, bénéficiaient d'un régime plus favorable notamment pour la caution qui a payé après l'ouverture de la procédure dans la mesure où elle pourrait être considérée comme une créance postérieure¹³⁴⁵. A ce titre, la caution recouvrerait immédiatement sa créance de remboursement à l'échéance ou alors elle serait payée en priorité sur les autres créanciers¹³⁴⁶. C'est d'ailleurs cette question qui avait été posée au juge français à propos d'un tiers qui avait payé la dette d'autrui après le jugement d'ouverture de la procédure¹³⁴⁷, la question ne se posant pas lorsque le paiement a été effectué avant l'ouverture de la procédure, car dans cette hypothèse la créance est nécessairement une créance antérieure.

1020. Sur le fondement de l'article 40, la chambre civile de la Cour de cassation avait estimé qu'une telle créance était postérieure et profitait par conséquent du privilège des créances postérieures dites utiles au bon déroulement de la procédure et à la poursuite de l'activité de l'entreprise. On pouvait en déduire que le fait générateur de la créance de remboursement était le paiement¹³⁴⁸. Dès lors, celui-ci étant postérieur à l'ouverture de la procédure, il convenait de qualifier la créance de remboursement qui en résultait de créance postérieure. Or, toutes (ou presque) les créances dites postérieures étaient considérées comme privilégiées. Par conséquent,

2° Au II, les mots : « de celles garanties par le privilège des frais de justice » sont remplacés par les mots : « des frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ».

¹³⁴⁴ Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif du 10 sept. 2015, JO OHADA n° spéc. du 25 sept. 2015, p. 1 et s.: art. 5-1 ; art. 11-1 (le législateur OHADA a introduit dans l'AUPC le privilège de la « new monnaie » emprunté du droit français. Ce privilège est destiné aux personnes acceptant d'apporter de l'argent frais ou de nouveaux biens ou services dans le cadre non seulement de la conciliation (art. 5-11) du règlement préventif (art. 11-1) mais aussi du redressement judiciaire (art. 33-1). Le privilège est effectif si une procédure de liquidation des biens est ouverte à l'encontre du débiteur en cas de concours avec les autres créanciers lors des répartitions des dividendes.

¹³⁴⁵ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 844.

¹³⁴⁶ C'est ce qui résulte des dispositions de l'art. 40 de la loi du 25 janvier 1985 ; En droit OHADA, ces hypothèses se rencontrent uniquement lorsqu'une procédure de liquidation des biens est prononcée aussi bien directement qu'en cas de reconversion d'une procédure de conciliation (art. 5-1), de règlement préventif (art. 11-1) et du redressement judiciaire (art. 33-1).

¹³⁴⁷ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 844 s.

¹³⁴⁸ A moins de considérer que bien que rattachée à la formation du contrat, cette créance bénéficie du régime de toute créance postérieure au sens de l'art. 40 du fait du paiement intervenu après l'ouverture de la procédure.

on aurait pu considérer la créance de la caution qui a payé comme une créance postérieure privilégiée.

1021. Cependant, depuis la loi de sauvegarde de 2005, le législateur distingue au sein même de ces créances postérieures, celles qui relèvent réellement du privilège et celles qui ne le sont pas¹³⁴⁹ : c'est la distinction entre les créances postérieures privilégiées et celles non privilégiées. Cette nouvelle distinction résulte du fait que toutes les créances intervenues postérieurement au jugement d'ouverture ne sont pas toutes nécessaires et utiles à la procédure et au redressement de l'entreprise. De ce fait, est déclarée comme une créance postérieure privilégiée une créance née « régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pour les besoins de son activité professionnelle pendant cette période »¹³⁵⁰. Autrement dit, toute créance qui ne remplit pas ces conditions ne peut être payée à l'échéance, et par priorité.

1022. Certes, à la lettre du texte, seules les créances nées postérieurement peuvent être privilégiées¹³⁵¹. Il n'en demeure pas moins que celles qui ne sont pas privilégiées ne seront pas nécessairement les créances postérieures. La notion de créance non privilégiée doit s'entendre de toute créance qui ne remplit pas les conditions de l'article L.622-17 et qui ne peut donc faire l'objet d'un paiement immédiat ou par priorité durant toute la procédure. Dès lors, par extension, il importe peu que la créance soit antérieure ou qu'elle soit postérieure, qu'elle soit née lors de la formation du cautionnement ou lors du paiement, toutes les créances non privilégiées obéissent au même régime. Or, à côté du régime des créances privilégiées, il n'y a que le régime des créances antérieures. Par conséquent, il nous paraît logique d'en déduire que toutes les créances non privilégiées, théoriquement antérieures ou postérieures, obéissent au régime des créances qui ont leur origine antérieure à l'ouverture de la procédure.

1023. Dans la pratique, on suggérera ainsi à la caution qui a payé après l'ouverture de la procédure de déclarer sa créance si elle veut conserver les chances de recouvrer au moins une partie de celle-ci et éviter par la même occasion de supporter la charge définitive de dette du débiteur principal. Dès lors, la conviction du dépassement de la controverse classique sur la nature de la créance de remboursement est renforcée par certains auteurs qui relèvent que « le

¹³⁴⁹ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 663 s.

¹³⁵⁰ Art. L. 622-17, I C. com.

¹³⁵¹ V. en ce sens F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 54 s.

législateur a réduit fortement la portée pratique de la controverse sur la nature de la créance de remboursement puisque le lien nécessaire de la créance avec la procédure (la créance utile est une créance antérieure ou postérieure) la fait rentrer à elle seule dans la catégorie des créances postérieures ». Ce qui signifie que la caution *solvens* a peu de chance de recouvrer sa créance¹³⁵² de remboursement dans la mesure où elle n'est pas un créancier privilégié au sens du droit contemporain des procédures collectives. Néanmoins, son action en remboursement ne subit pas la vigueur de la règle de l'arrêt des poursuites.

B. L'arrêt du recours personnel de la caution *solvens*

1024. L'arrêt des poursuites individuelles des créanciers contre le débiteur est une règle *erga omnes*. Elle s'applique à tous les créanciers sauf les titulaires d'une créance privilégiée conformément aux dispositions de l'article L. 622-17 du code de commerce et des articles 5-1 et 11-1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. L'action en remboursement de la caution *solvens* n'y échappe donc pas durant la période d'observation. Cette règle prive la caution du recouvrement des sommes qu'elle a personnellement engagées pour satisfaire le créancier du débiteur principal et éteindre la dette de ce dernier vis-à-vis du premier. La règle de l'arrêt des poursuites touche tout ce à quoi la caution aurait pu prétendre du fait de son recours en remboursement conformément aux dispositions de l'article 2305 du Code civil.

1025. En droit commun, le recours personnel en remboursement que la caution peut exercer contre le débiteur vise à obtenir le paiement d'une somme d'argent dont l'assiette est plus large que celle du recours subrogatoire, qu'elle peut parallèlement exercer¹³⁵³. En droit français, comme en droit OHADA, le principe est le même. Il trouve son fondement dans les articles 2305 alinéa 2 du Code civil français et 32 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés¹³⁵⁴. Dans les deux systèmes de droit, le recours en remboursement permet à la caution

¹³⁵² A. Provansal, Procédure collective et sûretés personnelles : l'exécution contre les cautions, les coobligés et garants autonomes des débiteurs en procédure collective, Gaz. Pal. 7 juill. 2007, n° 193, p. 6.

¹³⁵³ Com. 13 nov. 1948, Bull. civ. II, n° 264 ; Civ. 1^{ère}, 29 nov. 2017, n° 16-22.820 ; JurisData n° 2017-024288 ; V. également en ce sens A. Minkoa She, *op.cit.* n° 280 ; N. Leblond, *op. cit.* n° 19 ; Ph. Simler, Droit des sûretés, JCP E mai 2018, chron. 1253, n° 10, p. 41.

¹³⁵⁴ Acte uniforme du 15 déc. 2010 portant organisation des sûretés, JO OHADA n° 22 du 15 févr. 2011, p. 1 s. Il est rentré en vigueur le 15 mai 2011.

d'obtenir, non seulement ce que le débiteur lui doit personnellement, et cela permet de distinguer le recours en remboursement du recours subrogatoire, mais aussi ce que le débiteur devait réellement au créancier, ce qui rapproche le recours en remboursement du recours subrogatoire.

1026. Premièrement, ce que le débiteur doit réellement au créancier est désigné par le terme générique « principal ». Celui-ci désigne la somme que la caution a payée en lieu et place du débiteur c'est-à-dire la dette principale avec tous ses accessoires, mais à hauteur du montant garanti par la caution. Si la dette principale ou le capital a généré des intérêts moratoires et d'autres intérêts avant les poursuites contre la caution, le principal au sens des articles 2305 et 32 précités concerne cette dette principale et les intérêts ainsi générés que le débiteur aurait été amené à payer au créancier. Ces intérêts sont à distinguer de ceux que le débiteur doit personnellement à la caution qui a payé.

1027. Deuxièmement, toujours en vertu de la même action, ce que le débiteur doit cette fois-ci personnellement à la caution et qui résulte du paiement de cette dernière. Il s'agit d'abord, non pas des intérêts précédemment évoqués, mais des intérêts indemnitaires que le débiteur doit personnellement à la caution depuis le jour de son paiement. A ce titre, ces intérêts courent de plein droit¹³⁵⁵ entre le jour où la caution a payé le créancier et celui où elle recouvre sa créance de remboursement. On peut les considérer comme les intérêts du capital dus à la caution¹³⁵⁶ et non plus au créancier initial. Les articles précités évoquent ensuite les frais. Si le législateur français est un peu vague sur la notion, le législateur OHADA la précise dans l'alinéa 1 de l'article 32 précité. Il en résulte que ces frais sont ceux engagés par la caution depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites engagées contre elle¹³⁵⁷. C'est ce sens que lui donne la doctrine¹³⁵⁸ c'est-à-dire des frais de procédure comme des assignations d'huissiers.

¹³⁵⁵ Civ. 1^{ère}, 26 avr. 1977, n° 75-14.889, Bull. civ. I, n° 187.

¹³⁵⁶ V. en ce sens Civ. 1^{ère}, 18 déc. 1978, n° 77-14.620, Bull. civ. I, n° 391 ; Defrénois 1979, art. 32093, obs. Aubert (réparation du préjudice causé par le retard mis par le débiteur à rembourser la caution).

¹³⁵⁷ J. Issa-Sayeg, comm. sous art. 32 AUS ; V. également en ce sens Rép. dr. civ., n° 186 : (« les frais évoqués par l'art. 2305 sont ceux exposés par la caution, et non ceux qu'elle garantissait, et qui sont compris dans le principal de sa dette envers le créancier »).

¹³⁵⁸ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 851 ; le contenu de cette notion a fait débat sur le périmètre de la notion. La question était de savoir s'il fallait ou non tenir compte de tous les frais engagés par la caution. Pour Madame Barthez par exemple, les dispositions de l'art. 2305 al.2 ne visent pas « les frais que la caution a supporté par sa faute, par exemple en ne dénonçant pas immédiatement les poursuites dirigées contre elle au débiteur ». Citant monsieur Simler les auteurs indiquent que ces mêmes dispositions ne visent pas les frais inutilement engagés par la caution.

1028. Enfin, l'assiette du recours en remboursement de la caution portera éventuellement sur les dommages et intérêts qui supposent l'existence d'un dommage et d'un rapport de cause à effet entre le dommage subi et l'action ou l'inaction du débiteur principal. Aux termes des articles 2305 et 32 précités, le préjudice doit trouver sa cause dans les poursuites des créanciers¹³⁵⁹. Contrairement au recours subrogatoire, l'action en remboursement de la caution des articles 2305 et 32 susvisés permet à celle-ci d'obtenir le paiement des sommes diverses qui peuvent aller bien au-delà des sommes dues au créancier par le débiteur principal. Ces sommes peuvent être très importantes selon que la caution a subi un préjudice ou non et selon la gravité de celui-ci lorsqu'il a lieu.

1029. Dans le cadre des procédures d'insolvabilité, le débiteur n'a pas intérêt à ce qu'une telle action soit initiée contre lui, car elle peut aggraver sa situation¹³⁶⁰, car elle viendrait alourdir encore plus son passif surtout si son redressement n'a pas encore été acté. En revanche, pour la caution, la privation d'une telle action contrarierait ses attentes pécuniaires et, au-delà, aggraverait sa condition par rapport à celle du débiteur, elle la priverait d'un avantage certain. L'arrêt des poursuites et des voies d'exécution contre le débiteur réalise ce risque pour la caution en ce sens que cette mesure fondamentale vise à protéger le débiteur des poursuites de ses créanciers qui pourraient aggraver davantage sa situation et faire échec à la mise en œuvre des outils juridiques mis à sa disposition pour y arriver.

1030. En réalité, les éléments constitutifs de l'assiette du recours en remboursement de la caution ne pourront pas être transférés dans le patrimoine de la caution *solvens* durant la période qui précède l'adoption du plan ou du concordat. En effet, aux termes des dispositions de l'article L.622-21 du code de commerce et l'article 75 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives, le jugement d'ouverture interrompt toute action en paiement ou voies d'exécution en cours n'ayant pas abouti à un paiement définitif¹³⁶¹. La créance de remboursement de la caution ne remplissant pas les conditions de l'article L.622-17 du code de commerce et 5-11 et 11-1 de l'AUPC, le recours en remboursement de celle-ci pourra difficilement échapper à cette

¹³⁵⁹ Pour les poursuites des créanciers inhérentes aux contestations du débiteur : V. en ce sens CA Paris, 3 juill. 1956, D. 1957, somm. 105 (obstruction du débiteur à rembourser) ; Civ. 1^{ère}, 18 déc. 1978, préc. *supra* note 1350 (procédures dilatoires effectuées par le débiteur).

¹³⁶⁰ P. Rubellin, *op. cit.* n° 2 : l'auteur observe que le recours personnel de la caution implique de considérer que la créance qui en résulte « viendra grever le passif du débiteur d'une dette nouvelle, source de perturbations », il va encore plus loin en qualifiant le recours personnel de la caution de « force dévastatrice » des procédures collectives.

¹³⁶¹ V. *supra* n° 403 s.

règle traditionnelle des procédures collectives. En d'autres termes, la caution qui libère le débiteur principal par son paiement ne sera pas en principe en mesure de recouvrer l'intégralité des sommes qu'elle a réellement déboursées après le jugement d'ouverture. C'est dans ce sens qu'un auteur indiquait que la créance « sur laquelle se fonde l'action personnelle ne peut échapper aux effets du redressement judiciaire du débiteur contre lequel l'action va être intentée »¹³⁶²

1031. Eu égard à l'importance que peuvent représenter les sommes à recouvrer, cette neutralisation du recours en remboursement est un coup dur pour la caution. A supposer qu'elle subisse un préjudice, non seulement il ne sera pas réparé, mais en plus il pourra perdurer sans qu'elle ne soit en mesure de le réparer. S'il semble qu'elle pourra engager une action en responsabilité contre le débiteur qui aura simplement pour but de quantifier le préjudice subi, elle ne lui donnera pas droit à un paiement¹³⁶³.

1032. Aussi, même si le législateur français et son homologue OHADA envisagent l'hypothèse d'une reprise des poursuites des créanciers dits antérieurs¹³⁶⁴ voire non privilégiés, il n'en demeure pas moins que l'insolvabilité du débiteur constitue dans la pratique un obstacle rédhibitoire à l'action en recouvrement, a minima, de la créance de la caution qui a payé. Cette conviction est d'autant plus renforcée qu'il est fait interdiction au débiteur de payer tout créancier, y compris la caution *solvens*, dès l'ouverture de la procédure.

Paragraphe 2. La privation du paiement de la caution solvens par la règle de l'interdiction des paiements

1033. Tout comme pour la suspension de l'action en remboursement de la caution, aucune disposition, ni dans le code de commerce, ni dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, n'interdit expressément au débiteur de payer la caution qui a payé le créancier en ses lieu et place. Le dirigeant-caution peut donc être tenté de se faire rembourser ce qu'il a payé pour le compte de son entreprise ou encore le dirigeant peut être tenté de favoriser son proche parent caution en tenant compte de ce qu'il a dépensé pour libérer

¹³⁶² P. Rubellin, *op. cit.* n° 8 *in fine*.

¹³⁶³ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 701.

¹³⁶⁴ Art. L.622-22 C. com. et art. 75 al. 3 AUPC : hypothèse de la reprise des poursuites suite à la déclaration de créance des créanciers ; V. également en ce sens C. Saint Alary-Houin, *op. cit.* n° 705 s.

son entreprise vis-à-vis du créancier initial. C'est, en partie, pour éviter ces situations de favoritisme de façon générale que le droit des procédures collectives a édicté la règle de l'interdiction des paiements des créanciers antérieurs que l'on étend désormais aux créanciers postérieurs non privilégiés depuis la loi de sauvegarde¹³⁶⁵.

1034. Cette règle qui trouve son fondement dans l'article L. 622-7 en droit français et l'article 11 de l'AUPC est assortie d'une sanction conformément aux dispositions des articles L. 653-5, 4° et L. 654-8, 1° du code de commerce français et des articles 52 alinéa 1 et 233 alinéa 2-2° AUPC en droit OHADA. Dès lors, l'examen de l'interdiction de recouvrement de la créance non privilégiée de la caution (A) précèdera celui des sanctions dont elle est assortie (B).

A. Le principe de l'interdiction de paiement de la caution *solvens*

1035. En droit français, l'article L. 622-7-I du code de commerce, applicable aux procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, dispose que le « jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture (...) toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17 ». Autrement dit, la règle de l'interdiction de paiement vise toutes les créances non privilégiées au sens de l'article L. 622-17-I¹³⁶⁶. Or, comme on le précisait précédemment¹³⁶⁷, la créance de remboursement de la caution n'est pas une créance privilégiée encore moins superprivilégiée. Qu'elle ait payé avant le jugement d'ouverture ou après, le paiement de sa créance par le débiteur principal tombe sur le coup de la règle de l'interdiction des paiements. Cela empêche la caution de recevoir tout paiement de la part de son débiteur.

1036. Par ailleurs, la caution qui a payé ne reçoit pas un traitement exceptionnel de la part du législateur au point de la faire profiter des exceptions inhérentes à cette règle. La caution et tous les autres créanciers chirographaires reçoivent le même traitement contrairement au traitement de faveur dont elle bénéficie en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Parfois qualifiée de corollaire de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles contre le débiteur,

¹³⁶⁵ L. n° 2005-845, 26 juill. 2005, préc.

¹³⁶⁶ Pour rappel cet article est le fondement du privilège accordé aux créances des salariés, on parle du super-privilège des salariés, et des créances privilégiées qui, dans la hiérarchie des créances, viennent après les premières mais avant toutes les créances chirographaires.

¹³⁶⁷ V. *supra* n° 1018 s.

la règle de l'interdiction des paiements¹³⁶⁸ ne permet pas à la caution *solvens* et à tous les autres créanciers non privilégiés de recouvrer l'intégralité de leur créance de remboursement. Associée à la règle de la suspension des poursuites individuelles, elle participe au gel du passif du débiteur pour éviter qu'il ne s'alourdisse, mais aussi que le débiteur ne traite pas certains créanciers mieux que d'autres¹³⁶⁹.

1037. La caution qui a payé ne reçoit aucun traitement de faveur par rapport aux autres créanciers¹³⁷⁰. Comment pourrait-on justifier que l'on accorde à la caution *solvens* ce qui a été refusé aux autres créanciers non privilégiés alors que sa créance de remboursement n'est pas souvent utile à la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté. A tout le moins, l'absence de son remboursement ne semble pas être préjudiciable à la continuité de l'activité et par ricochet au maintien des emplois. De plus, payer la caution *solvens* créerait des inégalités entre les créanciers chirographaires. A moins que la caution qui a payé bénéficie d'un privilège légal ou que sa créance de remboursement soit assortie d'une garantie efficace.

1038. Toutefois, dans ce contexte, le droit OHADA présente une particularité qui le distingue du droit français en ce sens que la règle de l'interdiction des paiements n'est pas aussi clairement définie dans l'AUPC. La doctrine africaine évoque d'ailleurs si peu cette règle classique et la rattache plus souvent à la règle de la suspension des poursuites de sorte que c'est à travers cette dernière qu'elle évoque la question de l'interdiction des paiements du débiteur. Quant au législateur, c'est dans le cadre de la limitation de la liberté d'action du débiteur que la question est abordée. En effet, le législateur africain interdit au débiteur de payer les créanciers sans l'autorisation du juge compétent dans le règlement préventif¹³⁷¹ et sans l'assistance du syndic lorsqu'une procédure de redressement judiciaire est ouverte contre le débiteur conformément aux dispositions de l'article 52 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Ces dispositions semblent apporter une nuance à la règle de l'interdiction des paiements telle que traditionnellement perçue. Elles n'interdisent pas à la caution de payer les créanciers, mais de le faire seule. L'interdiction n'est pas systématique, mais elle est à l'appréciation de la juridiction compétente et du syndic.

¹³⁶⁸ V. enc e sens (pour l'interdiction de paiements), C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 712 s.

¹³⁶⁹ C'est ce que l'on traduit de façon générale par l'égalité des créanciers.

¹³⁷⁰ Sous-entendu ici le traitement collectif et égalitaire des créanciers en principe (A. Jacquemont, *op. cit.* n° 352 ; C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 712).

¹³⁷¹ Art. 11 AUPC.

1039. Paradoxalement et contrairement au droit français, le législateur communautaire instaure la règle à l'encontre de la caution solvens en disposant expressément qu'il est « interdit au débiteur de désintéresser les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie lorsqu'elles ont acquitté les créances nées antérieurement à la décision d'ouverture »¹³⁷² du règlement préventif. En d'autres termes, non seulement ces dispositions interdisent au débiteur de payer la caution *solvens* quelle qu'elle soit et d'autres garants, elles suggèrent également la neutralisation du recours en remboursement de la caution *solvens*. Tout comme en droit français, le débiteur qui agit en violation de la règle de l'interdiction des paiements est *mutatis mutandis* sévèrement sanctionné en droit OHADA. La caution n'échappe pas à certaines des sanctions infligées au débiteur.

B. La sanction du paiement interdit de la caution *solvens*

1040. En droit commun, il est généralement enseigné dans les amphithéâtres que, pour schématiser, le caractère obligatoire d'une règle de droit lui vient de son caractère coercitif. La coercition permet d'assurer le respect d'une norme de sorte que le respect de la règle qui en est dénuée est aléatoire et relève davantage de la morale ou de la religion. La règle de l'interdiction de paiements des créanciers s'inscrit dans cette logique coercitive dans la mesure où les paiements effectués par le débiteur et reçus par le créancier en violation de cette règle sont doublement sanctionnés¹³⁷³.

1041. En réalité, les deux acteurs de ce paiement sont susceptibles de recevoir chacun une sanction civile et une sanction pénale conformément aux dispositions des articles L. 653-5 et L.654-8 du code de commerce. La première de ces sanctions est inhérente à la créance de remboursement de la caution, laquelle est sanctionnée par une nullité (I). La caution échapperait ainsi à la faillite personnelle ou la banqueroute que subirait le débiteur fautif. Tandis que la seconde touche directement la personne même de la caution au même titre que le débiteur, toute chose étant égale par ailleurs. C'est la condamnation pénale qu'encourt la caution et qui peut différer quelque peu selon qu'on est en droit français ou en droit OHADA (II).

¹³⁷² Art. 11 al. 2 AUPC.

¹³⁷³ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 714.

I. La nullité du remboursement reçu par la caution *solvens*

1042. En droit commun, la nullité est la sanction réservée aux actes juridiques entachés d'un vice qui en affecte la validité conformément aux dispositions de l'article 1178 du Code civil français applicable dans de nombreux pays de l'espace OHADA. La nullité d'un acte juridique désigne, comme la résolution *mutatis mutandis*, son anéantissement rétroactif. Cela signifie que l'acte nul devra être considéré comme n'ayant jamais existé qu'il s'agisse de ses effets antérieurs ou postérieurs, lesquels sont appelés à disparaître. En conséquence, si une des parties au contrat a tiré bénéfice de l'acte, elle devra restituer les fruits de celui-ci. C'est-à-dire que, si le créancier *accipiens*¹³⁷⁴ a reçu une somme d'argent de la part du débiteur en contrepartie d'une prestation découlant de l'acte nul, par la nullité du paiement cette relation entre le débiteur et le créancier est considérée comme n'ayant jamais eu lieu de sorte que la somme reçue par le créancier sera restituée au débiteur.

1043. La nullité du paiement reçu par la caution *accipiens* en violation de la règle de l'interdiction des paiements s'inscrit dans cette logique. Le paiement sera anéanti rétroactivement et la créance de remboursement recouvrée par la caution devra être restituée au débiteur. Peu importe que la caution soit de bonne ou de mauvaise foi. Cette sanction est une parfaite illustration des difficultés que rencontre la caution pour recouvrer sa créance de remboursement. Il en est également ainsi de la caution qui a recouvré sa créance de remboursement durant la période suspecte car comme tous les autres créanciers antérieurs ce paiement devra là aussi être déclaré nul¹³⁷⁵. En revanche, cette nullité ne peut être relevée d'office par le juge, il appartiendra au débiteur, à l'administrateur judiciaire et à défaut, au mandataire judiciaire d'effectuer la demande en nullité conformément au régime des nullités de droit commun¹³⁷⁶.

1044. Par ailleurs, le droit OHADA envisage également, pour le non-respect des dispositions de l'article 52 de l'AUPC, qui consacrent l'interdiction des actes d'administration¹³⁷⁷ et de

¹³⁷⁴ *Accipiens* : terme qui désigne le créancier qui a reçu le paiement.

¹³⁷⁵ Art. L. 632-1-I C. com. ; Com. 16 fév. 1993, JCP G 1993, 3704 (il n'est pas nécessaire que le paiement ait causé un préjudice c'est-à-dire un appauvrissement du débiteur). *contra* : CA Versailles, 12^e ch., 14 sept. 1989, Rev. proc. coll. 1991, p. 103, obs. Y. Guyon.

¹³⁷⁶ V. en ce sens L. Andreu et N. Thomassin, cours de droit des obligations, Gualino, coll. Amphi-LMD, 2^e éd. 2017-2018, n° 521 s.

¹³⁷⁷ V. en ce sens art. 1 du Décret 2008-1484 du 22 déc. 2008 relatif aux actes de gestion du patrimoine des personnes placées en curatelle ou en tutelle, et pris en application des art. 452, 496, et 502 du code civil : un acte

disposition¹³⁷⁸ par le débiteur, la sanction de l'inopposabilité. Ainsi que nous l'indiquions précédemment, il s'agit pour les créanciers de la masse d'ignorer le paiement effectué par le débiteur. C'est dans ce sens qu'un auteur assimile cette sanction à la nullité prévue à l'alinéa premier de l'article 11 du même Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif¹³⁷⁹. Il y a donc lieu d'envisager que nonobstant la distinction entre les terminologies employées, la sanction de l'inopposabilité du paiement effectué par le débiteur à l'égard de la caution a les mêmes effets que la nullité.

1045. Cependant, cette assimilation pose une première difficulté liée au choix de la terminologie. Il eût été judicieux d'employer le même terme pour la sanction du non-respect des interdictions des articles 11 et 52 de l'AUPC dans la mesure où, dans l'esprit de la règle, c'est en réalité la disparition de l'acte irrégulier qui est visée. La seconde difficulté qui résulte de la première suggère de considérer la nullité et l'inopposabilité comme des synonymes qui produisent les mêmes effets. Or, tel n'est pas le cas. La nullité d'un acte, comme nous le soulignons, permet aux créanciers de la masse d'ignorer l'acte irrégulièrement accompli, mais en plus celui-ci est appelé à disparaître de sorte que tous ses effets passés, présents et futurs, sont rétroactivement anéantis. Ce qui n'est pas le cas d'un acte irrégulier frappé d'inopposabilité, cette sanction ne menace pas son existence. Simplement, il ne permet pas à son détenteur de s'en prévaloir à l'égard des tiers. Il eût donc été nécessaire pour le législateur africain de retenir une sanction unique pour le non-respect des interdictions sus indiquées.

1046. Qu'à cela ne tienne, le droit français et le droit OHADA semblent sanctionner de la même façon l'acte de paiement fait en violations de la règle explicite ou implicite de l'interdiction des paiements des créanciers de façon générale, et de la caution de façon particulière. Néanmoins, les deux législateurs sont partagés sur le principe d'une condamnation pénale à infliger à la caution *solvens*.

d'administration est un acte d'exploitation ou de mise en valeur d'un bien ou d'une masse de biens d'une personne. Il est ainsi d'une réparation ou de la conclusion d'un bail d'habitation.

¹³⁷⁸ Un acte de disposition est un acte qui permet d'engager le patrimoine d'une personne par un transfert de certains de ses droits sur le bien à autrui. La vente illustre parfaitement cette opération.

¹³⁷⁹ FM. Sawadogo, comm. sous art. 11 AUPC.

II. La condamnation pénale de la caution *solvens*

1047. Le droit des procédures collectives réserve également une sanction pénale aux contrevenants de la règle de l'interdiction des paiements. En droit français, outre les sanctions personnelles civiles, comme la faillite personnelle¹³⁸⁰, et, conformément à l'article L. 653-5, 4° du code de commerce, le débiteur qui a effectué le remboursement au profit de la caution *solvens* encourt des sanctions pénales définies à l'article L. 654-8, 1° du code de commerce par renvoi de l'article 314-1 du code pénal français. Il en résulte que le débiteur qui, sollicité par la caution, ou à son initiative personnelle, paie à la caution le montant qu'elle lui réclame au titre de sa créance en remboursement encourt un emprisonnement de deux ans et une amende de 30.000 euros, l'équivalent de 19.650.000 FCFA. Une somme assez importante pour une trésorerie déficitaire et surtout dans le contexte de la recherche de crédits nécessaires à son redressement.

1048. La caution qui a reçu ce paiement, en plus de la restitution des sommes versées¹³⁸¹, encourt également des sanctions pénales conformément aux dispositions de l'article L. 654-8, 3° du code de commerce¹³⁸². En effet, en disposant que toute personne qui reçoit un paiement irrégulier est passible de la même sanction que le débiteur qui viole les dispositions de l'article L.622-7, le code de commerce sanctionne la caution *solvens* qui, en connaissance des difficultés de son débiteur, reçoit de lui le remboursement de sa créance.

1049. Cette sanction est sévère pour la caution qui, en plus de s'être appauvrie pour avoir payé la dette du débiteur principal, dans la mesure où elle ne peut recouvrer sa créance, serait susceptible d'être condamnée à une peine de deux ans, mais aussi de réduire sa trésorerie d'une somme de 30.000 euros. La situation du dirigeant-caution qui a payé pour son entreprise et qui se fait rembourser les sommes dépensées serait la même. Cette sévérité des sanctions qui accompagnent la violation de la règle de l'interdiction des paiements marque son importance dans les procédures collectives¹³⁸³. Ce à quoi on souscrira totalement, car cela expliquerait mieux la raison pour laquelle en droit OHADA la sanction de l'interdiction des paiements est moins sévère pour

¹³⁸⁰ Sur ce point, il convient de relever qu'en droit OHADA, la condamnation du débiteur pour banqueroute constitue une cause de reprise exceptionnelle des poursuites de tous les créanciers contre ledit débiteur en cas de clôture de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif conformément aux dispositions de l'art. 174 al. 2 AUPC.

¹³⁸¹ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 714.

¹³⁸² V. en ce sens E. Le Corre-Broly, *Éléments constitutifs de l'infraction de paiements interdits*, Banque et dr., juill.-août 2004, p. 19.

¹³⁸³ A. Jacquemont, R. Varbes et T. Mastrullo, *op. cit.*, n° 354.

la caution qu'en droit français. En effet, il semble qu'aucune disposition du droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif ne sanctionne pénalement la caution *solvens*. Seule la responsabilité du créancier est engagée en cas de paiement irrégulier. Le législateur OHADA semble plus indulgent que son homologue français.

1050. La raison de ce choix trouve une explication dans le fait que la règle de l'interdiction des paiements s'adresse essentiellement au débiteur personne physique ou personne morale. Le paiement de la caution est en principe quérable¹³⁸⁴, conformément aux dispositions de l'ancien article 1247 alinéa 3 du Code civil¹³⁸⁵. Par conséquent, s'il est vrai qu'il appartient au créancier d'aller chercher son dû ou de le réclamer, il ne peut être satisfait si le débiteur n'exécute son obligation.

1051. Par ailleurs, le créancier étant soumis à la règle de la suspension des poursuites, il ne peut exercer son droit de contrainte pour forcer le débiteur à exécuter son engagement à son égard. Le débiteur apparaît comme le premier responsable de la violation de la règle de l'interdiction des paiements, il dispose de moyens de droit pour s'exonérer du paiement de sa dette de sorte que tout paiement effectué nonobstant l'interdiction des articles 11 et 52 s'apparente à un privilège immérité accordé au créancier *accipiens*. Pour ces différentes raisons, il paraît logique de sanctionner plus sévèrement le débiteur que la caution.

1052. Au regard de tout ce qui précède, la neutralisation du recours personnel de la caution *solvens* par le droit français et le droit OHADA des procédures collectives répond au souci de veiller à l'équilibre du traitement des créanciers nécessaire au bon déroulement des opérations de la procédure.

¹³⁸⁴ En droit commun des obligations, le paiement est en principe quérable (exemple des loyers), mais il peut exceptionnellement être portable (exemple des impôts). La distinction des deux termes (quérable et portable) est fonction du lieu d'exécution de l'obligation de paiement. Le paiement quérable est celui qui est fait au domicile du débiteur conformément à l'article 1342-6. Le créancier doit le réclamer. A l'inverse, le paiement est portable lorsqu'il est effectué au domicile du créancier ; V. également, P. Puig, Les contrats spéciaux, D. 2013, 4^e éd., coll. HyperCours.

¹³⁸⁵ Anc. art. 1247 al. 3 C. civ. (devenu art. 1342-6).

Section 2. La neutralisation du recours personnel de la caution *solvens* par les mesures complémentaires du droit des procédures collectives

1053. Le dénouement de la procédure collective¹³⁸⁶ est généralement l'occasion pour les créanciers de retrouver les droits dont ils ont été privés tout au long de la procédure¹³⁸⁷. Il en est ainsi de la reprise des poursuites des créanciers contre la caution personne physique après le jugement arrêtant le plan de sauvegarde¹³⁸⁸ ou le concordat préventif et le concordat de redressement judiciaire. Il en est de même pour la caution *solvens* après le jugement de clôture de la liquidation judiciaire ou de liquidation des biens pour insuffisance d'actif. C'est aussi le cas lorsque la résolution du plan ou du concordat est prononcée par la juridiction compétente¹³⁸⁹ ou leur réussite constatée. Ou enfin en cas d'échec du projet de plan¹³⁹⁰. Le dénouement de la procédure peut ainsi être positif¹³⁹¹, si les difficultés ont pris fin¹³⁹², ou négatif¹³⁹³.

1054. Cependant, l'issue idéalement souhaitée et recherchée de la procédure est celle qui permet au débiteur d'apurer son passif, soit, par une bonne exécution du plan ou du concordat, soit, par la clôture de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens pour extinction du passif. Dans ces différentes hypothèses, un jugement ou une ordonnance de clôture pour extinction du passif met fin à la procédure à l'issue de laquelle le débiteur peut poursuivre son activité ou rebondir par la mise en place d'une nouvelle activité¹³⁹⁴.

1055. La bonne exécution du plan ou du concordat constitue un enjeu majeur du redressement de l'entreprise en difficulté¹³⁹⁵ qui nécessite une approche pratique des poursuites des créanciers durant l'exécution du plan ou du concordat et leur paiement dans le cadre de la clôture de la

¹³⁸⁶ V. en ce sens M. Jeantin et P. Le Canu, *op. cit.* n° 834 s. ; PM. Le Corre, Pour faciliter le rebond : les clôtures anticipées en période d'observation, LPA 25 mars 2009, p. 3.

¹³⁸⁷ Com. 8 avr. 2015, JCP E 2015, 1422, n° 3, obs. Ph. Pétel; Act.proc.coll. 2015, comm. 131, obs. Jazottes.

¹³⁸⁸ Art. L.622-28 al. 2 C.com. ; V. également M. Jeantin, *op. cit.* n° 238.

¹³⁸⁹ Remery, Les résolutions de plans dans le droit des entreprises en difficulté, JCP G 2009, p. 406 ; PM. Le Corre, la résolution du plan de sauvegarde et du plan de redressement, dix questions-réponses, Gaz. Pal. 19-21 juill. 2015, p. 32

¹³⁹⁰ Art. R. 626-18 al. 2 C. com. ; V. également PM. Le Corre, *op. cit.* ; L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.* n° 411-1° (le droit commun reprend ses droits lorsque le plan n'est pas voté par les comités de créanciers-pour les entreprises dont le nombre de salariés est supérieur à 150-ou adopté par le tribunal).

¹³⁹¹ V. Com. 8 juill. 2003, Bull. civ. n° 128, p. 146 ; JCP E 2004, n° 151, p. 173, obs. M. Cabrillac ; V. également Ph. Pétel, Le redressement de l'entreprise en liquidation judiciaire, Mélanges P. Catala, p. 903.

¹³⁹² Art. L.622-12 C. com.

¹³⁹³ Dans la sauvegarde : Décr. n° 2005-1677 du 28 décembre 2006 (art. 134).

¹³⁹⁴ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1410 s.

¹³⁹⁵ F.M. Sawadogo, *op. cit.* n° 275.

procédure de liquidation judiciaire ou de liquidation des biens. On tentera de démontrer que cet intérêt participe de la neutralisation du recours en remboursement de la caution en tant que créancier. En d'autres termes, on examinera, tour à tour, la neutralisation du recours en remboursement de la caution *solvens* durant l'exécution du plan et du concordat (Paragraphe 1) et dans le cadre de la clôture de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La neutralisation du recours personnel de la caution solvens durant l'exécution du plan et du concordat

1056. Le droit français admet, en matière de surendettement, le recours en remboursement de la caution qui a payé nonobstant les délais et remises accordés au débiteur. En effet, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que les délais et remises consentis au débiteur surendetté, qui au demeurant lui sont personnels¹³⁹⁶, ne pouvaient être opposés à la caution après son paiement. Autrement dit, la caution d'un débiteur qui fait l'objet d'une procédure de surendettement peut librement exercer son action en remboursement contre celui-ci afin de recouvrer les sommes payées au créancier en ses lieu et place durant l'exécution des mesures consenties au débiteur principal¹³⁹⁷.

1057. Cependant, cette question n'est pas aussi radicalement tranchée en droit des procédures collectives, applicable aussi bien en France que dans l'espace OHADA. Dans la littérature juridique de cette matière, plusieurs auteurs suggèrent la subordination du recours de la caution. En ce sens, un auteur suggère la restriction du recours de la caution après paiement lorsque celui-ci est intervenu avant le jugement d'ouverture de la procédure, et la liberté de la caution qui a payé de poursuivre le débiteur lorsque son paiement est intervenu après l'ouverture de la procédure¹³⁹⁸. Cette position dualiste de l'auteur n'est pas surprenante, elle est plutôt cohérente

¹³⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996, n° 94-12.856 ; Bull. civ. I, n° 401 ; Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, n° 96-10.753 ; RTD civ. 1998, p. 422, obs. P. Crocq.

¹³⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 15 juill. 1999, n° 97-04.129 ; Bull. civ. I, n° 248 ; JCP G 1999, II, n° 10196, note S. Piedelièvre ; Banque et droit 1999, n° 68, p. 50, obs. Jacob ; Defrénois 1999, art. 37079, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1999, p. 877, obs. P. Crocq ; Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n° 98-04.097 ; Bull. civ. I, n° 107 ; D. 2001, p. 699, obs. L. Aynès.

¹³⁹⁸ N. Picod, *op. cit.* n° 243 s. ; V. également, A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 845 s. : les auteurs pointent du doigt, à juste titre, le risque pratique que le recours en remboursement de la caution ferait courir à l'exécution du plan.

dans la mesure où pour l'auteur elle cadre parfaitement avec la dualité de nature qu'elle attribue à la créance de remboursement de la caution¹³⁹⁹.

1058. Dans la mesure où la créance de remboursement n'est pas une créance privilégiée, il nous paraît judicieux de la soumettre au régime de la créance antérieure, car c'est ainsi que la considère la jurisprudence. A ce titre, elle doit être déclarée par la caution et devrait être intégrée aux créances antérieures dont les modalités de paiement sont discutées et exécutées dans le cadre de l'adoption et de l'exécution du plan ou du concordat. L'exercice du recours personnel de la caution doit tenir compte des dispositions du plan ou du concordat (A), et des effets inhérents à la décision de clôture réelle de la procédure (B).

A. La restriction par le plan ou le concordat

1059. Le processus d'adoption et d'exécution du plan et du concordat se conçoit mal avec les poursuites des créanciers quels qu'ils soient, de sorte qu'il semble restreindre la mise en œuvre du recours personnel de la caution *solvens*. L'objectif est d'éviter que le recours de la caution *solvens* ne trouble la sérénité des négociations du plan ou du concordat, leur prépondérance (I) garantit leur sincérité de sorte que les dispositions du plan s'imposent à elle (II).

I. La prépondérance de la sérénité des négociations du plan ou du concordat

1060. La période d'observation, c'est-à-dire celle qui s'ouvre à partir du jugement d'ouverture de la procédure jusqu'à l'arrêté d'un plan en droit français, ou du concordat en droit OHADA, peut mener au redressement de l'entreprise en difficulté, notamment par l'adoption d'un de ces deux accords. Leur adoption signifie que le débiteur et ses créanciers sont parvenus à une solution, ce qui favorise la fin des difficultés de l'entreprise. Il s'agit par ailleurs d'une des solutions les plus attendues lorsque s'ouvre une procédure collective. Elle est essentielle même lorsque l'accord trouvé n'est pas exécuté par le débiteur¹⁴⁰⁰ lui-même, l'essentiel étant d'assurer la survie de l'activité économique du débiteur. Les procédures préventives de conciliation, de sauvegarde et

¹³⁹⁹ N. Picod, *op. cit.* n° 246 (l'auteur cite madame C. Saint-Alary-Houin qui semble partager la même position ; V. en sens *op. cit.* n° 688 s.).

¹⁴⁰⁰ V. en ce sens M. Jeantin, P. Le Cannu, *op. cit.*, n° 879 : les auteurs indiquent que cet accord peut être exécuté par le débiteur lorsqu'il prend la forme d'un plan de sauvegarde ou de continuation, et par un tiers, le cessionnaire, lorsqu'il est question d'un plan de cession.

de règlement préventif sont essentiellement organisées de sorte à favoriser l'adoption de cet accord. Les créanciers sont ainsi encouragés à soutenir le débiteur dans ses efforts de redressement en lui accordant des remises de dette et des délais de paiement, si naturellement ils veulent conserver leurs chances, même infimes, de recouvrer leurs créances dans le cadre des procédures.

1061. Toutefois, il semble que le recours de la caution en remboursement est de nature à perturber la sérénité des négociations conduisant à l'adoption de cet accord. Le débiteur poursuivi ne peut se concentrer sur les mesures nécessaires à son redressement si, en même temps, il doit répondre aux assignations des huissiers portant commandement de payer, s'il doit saisir les juridictions civiles pour tenter de neutraliser une clause résolutoire. Dans ces conditions, il serait difficile pour le débiteur de négocier avec tous ses créanciers pour tenter d'obtenir d'eux des remises de dette et des délais de paiement. C'est justement pour pallier ce risque pour la sérénité du débiteur que le législateur a aussi instauré la règle de l'arrêt des poursuites¹⁴⁰¹ pour permettre au débiteur, personne physique ou personne morale d'avoir un temps de répit nécessaire pour trouver des solutions adaptées à son sauvetage.

1062. La notion de sérénité ici employée révèle le caractère psychologique des mesures traditionnelles de redressement de l'entreprise. On peut déjà l'observer lorsque le législateur recherche l'adhésion du créancier en lui accordant la possibilité de prendre des mesures conservatoires à l'encontre de la caution-personne physique, lorsqu'il restreint dans le même temps son droit de poursuites à l'encontre de cette dernière conformément à l'article L.622-28 du code de commerce. L'idée est qu'il est plus facile pour le créancier d'accepter de ne pas poursuivre la caution durant la période d'observation de la sauvegarde, s'il sait qu'il préservera les chances d'exercer ce droit ultérieurement. De même, la sérénité que les règles de l'arrêt des poursuites et de l'interdiction des paiements sont supposées apporter au débiteur durant la période d'observation rassure le débiteur quant au maintien de son activité en même temps qu'elle favorise la sauvegarde de son patrimoine restant. Ce patrimoine n'est pas seulement le gage général de tous les créanciers admis à la procédure, il constitue également un moyen d'apurer le

¹⁴⁰¹ Bien entendu, il ne s'agit pas là de la seule vertu de la règle de l'arrêt des poursuites qui vise également à éviter toute forme de discrimination dans le traitement de tous les créanciers ayant déclarés leurs créances en raison du principe traditionnel de l'égalité des créanciers et toute individualisation de la procédure en raison de du principe du traitement collectif qui découle du premier.

passif du débiteur. Il en est ainsi lorsque certains éléments de ce patrimoine sont cédés dans l'optique de répartir le prix entre les créanciers selon leur rang.

1063. En réalité, l'idée défendue est que la gravité de la situation du débiteur mérite qu'il se concentre davantage et essentiellement sur la mise en œuvre de l'ensemble des outils juridiques que lui offre le législateur pour résoudre ses difficultés. Et ce, avec toute la lucidité que requiert sa situation. L'objectif de paiement que poursuit le recours en remboursement de la caution apparaît ainsi incompatible avec cette philosophie d'ensemble des procédures collectives.

1064. En outre, dans la pratique, le recours en remboursement de la caution pourrait poser une autre difficulté, cette fois-ci d'un point de vue technique, qui concerne l'organisation et le bon fonctionnement même de la procédure. Comme précédemment évoqué pour la procédure de déclaration des créances ou de la déchéance du terme qui permet au mandataire judiciaire de connaître toute l'étendue du passif du débiteur principal, le traitement différencié de la créance de remboursement, pourvu qu'elle soit importante, ne créerait pas seulement une inégalité dans le traitement des créanciers.

1065. Il compliquerait également l'organisation et le déroulement de la procédure, en ce sens qu'il impliquerait d'intégrer les montants réclamés par la caution au fur et à mesure qu'ils seraient portés à la connaissance du mandataire judiciaire ou de l'administrateur. Dans la mesure où, comme le souligne un auteur¹⁴⁰², il n'est pas fait obligation au créancier d'indiquer l'existence d'un cautionnement dans sa déclaration de créance, la créance de remboursement de la caution ne peut être connue avant son paiement.

1066. La conséquence immédiate de cette situation est que les créances ne seraient pas toutes traitées au même moment. Cela pourrait avoir des conséquences néfastes sur les solutions déjà mises en place pour le sauvetage de l'entreprise, ainsi que l'expriment plusieurs auteurs¹⁴⁰³. Pour l'un d'entre eux, l'exercice du recours en remboursement de la caution peut avoir un effet boomerang en ce sens qu'il pourrait briser l'équilibre financier qui caractérise les plans adoptés¹⁴⁰⁴. Aussi, cela suggérerait d'intégrer la caution dans les différentes négociations déjà engagées, à supposer que ces dernières n'aient pas encore abouti au jour de l'exercice du recours

¹⁴⁰² P. Rubellin, *op. cit.* n° 21.

¹⁴⁰³ P. Rubellin, *op. cit.* n° 22.

¹⁴⁰⁴ P. Rubellin, *ibidem*.

de la caution *solvens*. Dans ce contexte, on peut imaginer au mieux un retard de ces négociations eu égard à l'importance de la créance de la caution, voire, une réelle impossibilité d'adopter un plan, à moins de lui imposer les dispositions déjà adoptées par les autres créanciers. Cela pourrait pourtant bien être le cas en droit OHADA, dans la mesure où les dispositions du concordat sont opposables, non seulement aux créanciers de la masse, mais aussi à ceux qui n'ont pas participé à l'élaboration du concordat.

II. La soumission du recours personnel de la caution solvens à l'exécution du plan ou du concordat

1067. On peut observer que ni le code de commerce, ni l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, n'indiquent expressément que la caution *solvens* peut poursuivre le débiteur principal en remboursement durant l'exécution du plan ou du concordat. La caution n'étant pas, en principe, protégée par les règles fondamentales de la suspension des poursuites et de l'interdiction des paiements, elle peut être amenée à payer le créancier durant l'exécution du plan ou du concordat.

1068. Dans cette hypothèse, on ne peut s'empêcher de se demander si la caution *solvens* peut exercer son recours personnel en remboursement contre le débiteur principal, sans tenir compte des mesures du plan ou du concordat. Autrement dit, la caution *solvens* peut-elle poursuivre le débiteur principal, libéré par son paiement à l'égard du créancier *accipiens*, sans qu'elle ne soit soumise aux délais de paiement et remises de dette consentis au débiteur durant l'exécution du plan ou du concordat. La doctrine semble partagée sur la réponse à apporter à cette problématique (a), même s'il ne paraît pas inexact de suggérer la solution cohérente de l'opposabilité des délais et remises de dette du plan ou du concordat à la caution *solvens* (b).

a. La controverse doctrinale

1069. De la même façon qu'en l'absence d'un texte spécial, l'opposabilité des délais et remises par la caution *in bonis* a jadis été controversée, de même l'exercice du recours en remboursement de la caution *solvens* durant l'exécution du plan ou du concordat est controversé. Cette controverse qui, nous semble-t-il, n'est que le prolongement de l'opposition sur la question de la détermination de la nature de la créance de remboursement de la caution. Deux courants se

distinguent. D'un côté, celui qui fonde la naissance de la créance de remboursement sur le paiement de la caution considère que le recours en remboursement de la caution durant l'exécution du plan n'est pas soumis aux dispositions du plan¹⁴⁰⁵ ou du concordat, de l'autre, celui qui, à l'inverse, fonde implicitement la naissance de la créance de remboursement sur la formation du contrat de cautionnement suggère une solution contraire.

1070. S'agissant du premier courant, les auteurs qui partagent cette position, avancent comme argument principal le fait que le paiement de la caution *solvens* soit intervenu après l'ouverture de la procédure¹⁴⁰⁶. En ce sens, un auteur relevait, en son temps, que la caution *solvens* qui a payé à partir du plan « doit être immédiatement et intégralement désintéressé. Il ne semble pas en effet que l'on puisse tirer de l'opposabilité des dispositions du plan à l'égard de tous (art. 64), un argument contre l'exercice par la caution de son recours personnel ». L'auteur part du postulat selon lequel la créance de la caution qui a payé après le jugement arrêtant le plan n'est pas une créance antérieure, mais une créance postérieure dont aucune disposition n'interdit le recouvrement.

1071. D'autres auteurs partagent également cette opinion. Ils observent ainsi que les dispositions du plan de redressement sont inopposables à la caution *solvens* « pour peu qu'elle ait réglé après le jugement qui l'a arrêté »¹⁴⁰⁷. La date choisie par la caution *in bonis* pour désintéresser le créancier est déterminante dans l'appréciation de l'exercice de son recours personnel en remboursement durant l'exécution du plan. En d'autres termes, si la caution décide d'effectuer son paiement avant le jugement arrêtant le plan, elle sera traitée comme n'importe quel autre créancier dont la créance est antérieure à l'ouverture de la procédure. En revanche, si elle choisit de le faire après l'arrêté du plan, elle sera traitée comme un créancier postérieur privilégié, ce qu'elle n'est pas, disons-le d'ores et déjà¹⁴⁰⁸. Ces auteurs suggèrent donc un double traitement de la caution *solvens* selon que son paiement est intervenu avant le jugement arrêtant le plan, elle se verra opposer par le débiteur, les délais et remises du plan, ou après celui-ci, son remboursement ne serait pas alors soumis aux délais et remises consentis au débiteur.

¹⁴⁰⁵ N. Picod, *op. cit.* n° 243 et 246.

¹⁴⁰⁶ P. Rubellin, *op. cit.* n° 22; A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 845 ; N. Picod, *ibid.*

¹⁴⁰⁷ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *ibidem*.

¹⁴⁰⁸ V. *supra* n° 1012 s.

1072. Le second courant, à l'inverse, invite à considérer, de façon générale, que « le recours personnel du garant sera conditionné par les mesures qui auront été décidées dans le cadre du plan (délais ou remises consentis, délais imposés) »¹⁴⁰⁹. Autrement dit, les délais et remises du plan sont opposables à la caution *solvens* peu importe la date de son paiement. Ce qui peut se justifier par le fait que sa créance de remboursement est considérée par la jurisprudence¹⁴¹⁰ comme une créance dont l'origine est antérieure à l'ouverture de la procédure.

1073. D'autres auteurs semblaient déjà épouser cette opinion¹⁴¹¹. Ceux-ci observent, à propos des créanciers dont la créance est antérieure à l'ouverture de la procédure, ce qui semble être le cas de la caution, que les délais de paiement et les remises de dette consentis au débiteur dans le cadre d'un plan de continuation sont opposables aux créanciers antérieurs¹⁴¹². Pour ce dernier courant, le caractère antérieur de la créance de la caution *solvens* semble acquis dans la mesure où la jurisprudence retient que la créance de remboursement naît lors de la formation du cautionnement. Dès lors, il n'est pas utile de distinguer la situation de la caution *solvens* selon qu'elle a payé avant ou après l'ouverture de la procédure, contrairement à ce que retient un autre auteur¹⁴¹³.

1074. A l'issue de l'examen de cette controverse, il paraît plus judicieux de se rallier à la seconde opinion doctrinale, en suggérant l'opposabilité des délais de paiement et de remises de dette du plan à la caution, dans la mesure où l'on soutient que la créance de remboursement de la caution *solvens* est une créance non privilégiée¹⁴¹⁴.

b. L'opposabilité des délais et remises de dette du plan ou du concordat à la caution *solvens*, solution suggérée

1075. En droit des procédures collectives, les délais de paiement et les remises de dette consentis au débiteur dans le cadre du plan ou du concordat sont opposables à tous conformément aux dispositions de l'article L. 626-11 du code de commerce. Les destinataires de cet article sont essentiellement les créanciers auxquels s'applique le régime des créanciers antérieurs. De ce fait,

¹⁴⁰⁹ F. Reille, *op. cit.* n° 882.

¹⁴¹⁰ V. Ch. Juillet, *op. cit.* n° 523 s.

¹⁴¹¹ C. Saint-Alary-Houin et Ph. Blaquier-Cirreli, Le paiement en procédures collectives, in *L'entreprise face à l'impayé*, actes du colloque de Toulouse, LGDJ, n° 8, p. 191.

¹⁴¹² C. Saint-Alary-Houin et Ph. Blaquier-Cirreli, *ibidem*.

¹⁴¹³ N. Picod, *op. cit.* n° 246.

¹⁴¹⁴ V. *supra* n° 1012 s.

il y a lieu de retenir que le recours de la caution *solvens*, comme l'indiquait un auteur, sera conditionné par les délais ou remises de dette consentis ou même imposés¹⁴¹⁵. La seconde opinion doctrinale est celle qu'il convient donc de retenir ici. En premier lieu, parce que les dispositions du plan ou du concordat sont opposables *erga omnes*, les délais et remises de dette qui les composent sont opposables à la caution *solvens* comme à tous les créanciers non privilégiés (1). En second lieu, parce qu'il s'agit d'une opportunité qui favorise la bonne exécution du plan et du concordat (2).

1. La caution, un créancier non privilégié comme tous les autres

1076. La solution selon laquelle les dispositions du plan ne constituent pas un obstacle à l'exercice par la caution *solvens* de son recours personnel en remboursement, sous prétexte que sa créance est née durant la procédure¹⁴¹⁶ ne convainc pas. Elle se fonde sur un postulat de départ erroné qui consiste à considérer la créance de la caution qui a payé durant la procédure comme une créance postérieure bénéficiant du privilège du paiement à leur échéance. Or, la solution contraire est consacrée par la jurisprudence¹⁴¹⁷. Il ne peut donc s'agir d'une créance postérieure privilégiée, comme nous l'indiquions précédemment. Par conséquent, le paiement de la caution *solvens* intervenu durant la procédure paraît insuffisant à justifier l'inopposabilité des délais et remises du plan ou du concordat à la caution *solvens*.

1077. A l'inverse, la solution contraire paraît parfaitement compatible avec la nature consacrée de la créance de remboursement de la caution *solvens*. Dès lors que l'on considère la formation du contrat de cautionnement comme le fait générateur de la créance de remboursement de la caution qui a payé, il serait logique de considérer que, peu important la date du paiement de la caution, la créance de son recours est antérieure à l'ouverture de la procédure, de sorte que l'exercice de son recours en remboursement doit tenir compte des délais et remises consentis au débiteur dans le cadre du plan ou du concordat.

1078. De plus, retenir l'inopposabilité des dispositions du plan ou du concordat à la caution *solvens*, sur le fondement de la date postérieure de son paiement, reviendrait à considérer la caution *solvens* comme un créancier postérieur privilégié au sens de l'article L.622-17-I du code

¹⁴¹⁵ F. Reille, *op. cit.* n° 882.

¹⁴¹⁶ P. Rubellin, *op. cit.* n° 22.

¹⁴¹⁷ V. en ce sens Ch. Juillet, *op. cit.* n° 523 s.

de commerce. Rien ne justifierait que la caution *solvens*, bien que le paiement de sa créance soit chronologiquement postérieur à l'ouverture de la procédure, soit assimilée au créancier dont la créance est régulièrement née après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de celle-ci ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette même période.

1079. Il serait regrettable de permettre à la caution, en tant que créancier antérieur, d'exercer son recours personnel en remboursement, et de soumettre les poursuites des autres créanciers antérieurs aux délais et remises du plan, cela serait contraire au principe d'égalité des créanciers. Au regard de toutes ces raisons, il ne semble pas inexact de soutenir le bien-fondé de la subordination du recours de la caution *solvens* aux délais de paiement et remises de dette consentis au débiteur. Cette conviction est renforcée par le fait que cette solution favorise la bonne exécution des dispositions du plan ou du concordat.

2. L'opportunité de l'opposabilité des délais et remises de dette à la caution *solvens*

1080. De nombreux auteurs, qui ont suggéré l'admission du recours personnel en remboursement de la caution, ont souvent fini par indiquer les risques de cette solution pour le redressement de l'entreprise¹⁴¹⁸. Pour un auteur, cette solution est de nature à briser l'« équilibre financier qui caractérise les plans adoptés (en) entraînant l'entreprise dans les affres de la liquidation judiciaire »¹⁴¹⁹. D'autres auteurs observent, quant à eux, que l'admission du recours de la caution durant l'exécution du plan « peut porter atteinte à l'exécution voire au succès du plan »¹⁴²⁰. Concrètement, eu égard à l'assiette du recours personnel en remboursement, le passif du débiteur principal pourrait s'alourdir de la créance de la caution *solvens*. Les craintes de ces auteurs sont justifiées et suggèrent justement d'adopter la solution de l'opposabilité des dispositions du plan à tous les créanciers antérieurs et assimilés, tels que les créanciers postérieurs non privilégiés, conformément à l'article L.622-17-I du code de commerce. Cette solution favorise notamment la bonne exécution des dispositions du plan et leur donne tout leur sens pratique.

¹⁴¹⁸ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 845 ; B. Saint Alary et C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 46 ; P. Rubellin, *op. cit.* n° 22 ; D. Grimaud, *op. cit.* n° 160 ; N. Picod, *op. cit.* n° 255.

¹⁴¹⁹ P. Rubellin, *ibid.*

¹⁴²⁰ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 845.

1081. En premier lieu, les délais de paiement et les remises de dette consentis au débiteur, dans la mesure où son actif est restreint, lui permettent de tenir ses engagements tant à l'égard de ses salariés, qu'à l'égard de ses autres créanciers. L'objectif des dispositions du plan n'est rien d'autre que celui attaché à la procédure dans laquelle ils sont accordés, c'est-à-dire le sauvetage de l'entreprise en difficulté¹⁴²¹. Les délais de paiement et les remises de dette constituent donc des moyens de sauvegarde de l'entreprise en difficulté. Le maintien en vie de cette dernière dépend, de ce point de vue, du respect des engagements qu'elle a pris dans le cadre du plan. De ce fait, il est difficile d'admettre le recours personnel en remboursement de la caution *solvens*, car ce recours est de nature à perturber l'exécution des dispositions du plan¹⁴²², voire à empêcher leur exécution. En admettant le recours de la caution *solvens* durant l'exécution du plan, on ferait de lui une cause de résolution du plan susceptible d'entraîner la liquidation judiciaire du débiteur, conformément aux dispositions de l'article L. 622-27 du code de commerce¹⁴²³.

1082. En second lieu, l'admission du recours en remboursement de la caution pourrait également entraîner la vacuité ou l'anéantissement des délais de paiement et des remises de dette consentis au débiteur principal. En effet, dans la mesure où il n'est pas interdit à la caution de payer le créancier après l'ouverture de la procédure, et surtout l'exécution du plan, le créancier pourrait bien obtenir de la caution *solvens* ce qu'il ne peut obtenir du débiteur principal, nonobstant les remises consenties à ce dernier. Dans cette hypothèse, un auteur a suggéré de considérer que la caution devrait exercer son recours personnel en remboursement contre le débiteur sans tenir compte des remises de dette qui lui ont été accordées¹⁴²⁴. En même temps, cet auteur, à la suite d'autres, relevait le caractère pervers de cette solution sur l'efficacité des remises accordées au débiteur¹⁴²⁵.

1083. A l'évidence, le recours de la caution *solvens* s'accommode mal avec les remises de dettes consenties au débiteur dans la mesure où il lui ferait perdre tout son intérêt ¹⁴²⁶. Autrement dit,

¹⁴²¹ V. en ce sens (sur la sauvegarde) M. Jeantin et P. Le Cannu, *op. cit.* n° 961 : pour ces auteurs, « les objectifs du plan » de sauvegarde sont ceux qui résultent de l'article L.620-1 du code de commerce et qui consistent à faciliter la « réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif ». Il en est de même des dispositions du plan de redressement conformément à l'article L. 631-1 du code de commerce.

¹⁴²² B. Saint-Alary et C. Saint Alary Houin, *op. cit.* n° 46.

¹⁴²³ V. également en ce sens M. Jeantin et P. Le Cannu, *op. cit.* n° 977.

¹⁴²⁴ N. Picod, *op. cit.* n° 253 s.

¹⁴²⁵ N. Picod, *op. cit.* n° 255, y compris les auteurs cités en bas de page n° 707.

¹⁴²⁶ D. Grimaud, *op. cit.* 160.

l'effet classique de la remise de dette à l'égard du créancier qui la consent est de le priver de la jouissance de sa créance, ce qui libère le débiteur. Or, en lui permettant de se faire payer par la caution une créance abandonnée au débiteur, on dénature la pratique de la remise de dette, en même temps qu'on acte sa vacuité dans le traitement des difficultés de l'entreprise¹⁴²⁷. Le recours de la caution pèserait alors sur la tête du débiteur, dont la dette a été remise, comme une épée de Damoclès. Ce qui peut contribuer à dissuader ce dernier de solliciter l'ouverture précoce d'une procédure préventive, ou l'ouverture d'un redressement judiciaire.

1084. Toutefois, bien que défavorable à la caution *solvens*, l'opposabilité des délais de paiement et des remises de dette est la solution la plus en phase avec le dispositif législatif de prévention et de traitement des difficultés de l'entreprise dans la mesure où elle permet de préserver l'efficacité des avantages accordés au débiteur pour assurer son sauvetage. Il s'agit de faire preuve de cohérence et d'éviter que l'intérêt particulier de la caution *solvens* ne ruine les efforts consentis par les autres acteurs de la procédure à rechercher les solutions adaptées à la situation précaire du débiteur.

1085. Il en résulte un traitement *in duriores causas* de la caution *solvens*. Celle-ci est privée du libre exercice de son droit de recouvrer sa créance qui risque de mettre en péril la cohérence des avantages accordés au débiteur principal¹⁴²⁸, dans le but de le guérir de ses maux, mais aussi d'anéantir leur portée pratique. Par ailleurs, même lorsque la caution *solvens* est en mesure de poursuivre le débiteur en remboursement, elle peut très vite déchanter en cas de clôture de la procédure faute d'extinction du passif.

B. La restriction par la clôture du plan ou du concordat

1086. Un auteur suggère de distinguer deux types de clôture, celle dite officielle et celle plutôt réelle¹⁴²⁹. La première a pour but « d'officialiser, par une décision de justice, la fin de la mission de l'administrateur et du mandataire judiciaires »¹⁴³⁰, conformément aux articles L. 626-24 et L. 631-19 du code de commerce. En d'autres termes, cette clôture scelle la fin des actes nécessaires à l'exécution du plan et des opérations d'admission et de vérification des créances. La seconde,

¹⁴²⁷ V. en ce sens D. Grimaud, *ibid.* ; N. Picod, *op. cit.* n° 255.

¹⁴²⁸ A.S. Barthez et D. Houtcieff, *op. cit.* n° 845.

¹⁴²⁹ P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 515.51 et 532.41.

¹⁴³⁰ P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 515.51, p. 1278 et 1279 et n° 532, p. 1403.

quant à elle, résulte des dispositions des articles L.626-28 et L.631-19. Celles-ci envisagent la clôture de la procédure comme la fin de l'exécution de toutes les obligations mises à la charge du débiteur principal. Il en est ainsi lorsque le débiteur a payé la dernière échéance des délais de paiement qui lui ont été consentis dans le plan ou le concordat. A l'inverse, l'inexécution de ses obligations entraîne également la clôture de la procédure et permet, par ricochet, aux créanciers de reprendre leurs poursuites contre le débiteur¹⁴³¹.

1087. C'est à cette dernière approche qu'il convient de s'en tenir, car elle suppose la fin des effets des dispositions du plan et donc de l'apurement ou non du passif du débiteur. C'est dans ce sens que la procédure peut prendre fin, durant la période d'observation, pour extinction du passif, conformément à l'article L. 631-16 du code de commerce, ou en cas d'échec des négociations ou de l'adoption du plan par le tribunal¹⁴³². En d'autres termes, une fois le plan adopté, la procédure au cours de laquelle il a été arrêté, est censée prendre fin en cas de résolution de celui-ci. Il existe en droit des procédures collectives deux principales causes de résolution du plan. Il peut être résolu, soit pour inexécution, soit pour cessation des paiements du débiteur, conformément aux articles L.626-27-I (sauvegarde) et L.631-19 et L.631-20-1 (redressement judiciaire) du code de commerce.

1088. Dans la pratique, les conséquences de ces deux situations limitent l'exercice du recours de la caution *solvens*. Elle ne peut exercer son recours en cas de clôture de la procédure pour inexécution du plan ou du concordat (I) ou en cas de cessation des paiements durant l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire (II).

I. La clôture pour inexécution du plan

1089. Lorsque les engagements, énoncés dans le plan, ou édictés par le tribunal, ont été tenus, les créanciers sont censés être désintéressés, ils perdent toute voie de recours contre le débiteur¹⁴³³. Le succès de l'exécution du plan suppose que le débiteur a disposé de fonds suffisants pour désintéresser tous les créanciers admis à la procédure, y compris la caution qui a déclaré sa créance de remboursement.

¹⁴³¹ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1044.

¹⁴³² V. en ce sens L. Aynès, P. Crocq, *op. cit.* éd. 2017, n° 411 ; lorsque le plan n'a pas pu être adopté ou qu'il a été résolu, les créanciers retrouvent leur droit de créance qu'ils peuvent exercer selon les règles de droit commun qui reprennent à ce moment toute leur vigueur.

¹⁴³³ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1035.

1090. Cependant, en cas d'inexécution des dispositions du plan, le tribunal peut prononcer sa résolution¹⁴³⁴ et mettre fin à la procédure. Cette résolution, sans cessation des paiements, n'est pas automatique¹⁴³⁵. Lors des travaux préparatoires de la loi de sauvegarde, le rapporteur Hiest indiquait qu'une « fois le plan résolu, le débiteur ne ferait pas nécessairement l'objet d'une nouvelle procédure collective. Pour autant, si l'effet de la résolution était de le conduire à la cessation des paiements, il ferait alors l'objet d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire »¹⁴³⁶.

L'ouverture d'une de ces deux procédures n'est dès lors que subséquente, comme le précise un auteur¹⁴³⁷. Dans cette hypothèse, il est communément indiqué que les créanciers retrouvent leurs droits de poursuite¹⁴³⁸. En même temps, il y a une déchéance des délais consentis au débiteur et les remises de dette sont anéanties. Ce qui permettrait à la caution *solvens* d'exercer son recours en remboursement contre le débiteur et de ne pas contribuer définitivement à la charge de sa dette. Pourtant dans la pratique, la situation n'est pas toujours aussi simple.

1091. En réalité, le jugement qui prononce la résolution du plan donne généralement lieu à l'ouverture d'une nouvelle procédure, soit le redressement judiciaire si l'inexécution s'accompagne d'une cessation des paiements, soit la liquidation judiciaire¹⁴³⁹ si le redressement n'est pas possible¹⁴⁴⁰. En d'autres termes, la résolution entraîne l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire conformément aux dispositions de l'article L. 626-27 du code de commerce. Or, comme nous l'indiquions déjà à propos des effets de l'ouverture de la procédure collective, toute décision d'ouverture d'une procédure entraîne la suspension des poursuites et l'interdiction des paiements. Par conséquent, le recours de la caution *solvens* se trouverait soumis à ces règles fondamentales du droit des procédures collectives. Les observations effectuées précédemment sont ici valables. La caution *solvens* sera traitée comme

¹⁴³⁴ Com. 13 déc. 2017, n° 16-21159 : la résolution du plan ne peut être prononcée au motif que les fonds utilisés par le débiteur pour apurer son passif ne proviennent pas de l'entreprise dont le plan a pour but d'assurer la continuité (pas seulement précisent les Hauts magistrats) ; V. également en ce sens Com. 4 mai 2017, n° 15-25046 : le plan peut également avoir pour seul but d'apurer le passif du débiteur.

¹⁴³⁵ J.P. Rémerly, *op. cit.* n° 14.

¹⁴³⁶ Rapp. J.-J. Hiest, Senat 2005, n° 335, p. 289 ; V. également en ce sens P.M. Le Corre, La résolution du plan de sauvegarde et du plan de redressement, Gaz. Pal. 19-21 juill. 2015, n° 4, p. 34.

¹⁴³⁷ P.M. Le Corre, *ibidem*.

¹⁴³⁸ J.P. Rémerly, *op. cit.* n° 17 (« La résolution du plan fait recouvrer aux créanciers leurs créances, avec les sûretés, sauf celles dont la réduction est définitivement acquise et, pour les autres, sous déduction des sommes perçues en exécution du plan »).

¹⁴³⁹ J. Ghestin, *op. cit.* n° 1242 et 1243.

¹⁴⁴⁰ P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 4, p. 34.

tous les autres créanciers antérieurs que son paiement soit intervenu durant l'exécution du plan de l'ancienne procédure ou avant.

1092. Aussi, dans l'hypothèse d'une ouverture subséquente de la seconde procédure, il y a peu de chance que l'action de la caution *solvens* soit menée à son terme. Elle pourrait être soumise aux effets du jugement d'ouverture de la seconde procédure. En ce sens, la Cour de cassation décide que le jugement d'ouverture de la seconde procédure suspend l'action tendant à la résiliation du contrat de bail pour défaut de paiement des loyers échus avant son prononcé¹⁴⁴¹. Il en résulte, dans le cadre de la clôture de la nouvelle procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, la soumission du recours de la caution *solvens* au principe de l'absence de reprise des poursuites des créanciers antérieurs conformément à l'article L. 643-11-I du code de commerce. Il s'agit de la perte d'un avantage acquis dans l'ancienne procédure. La situation de la caution solvens ne sera pas meilleure en cas de résolution de la procédure pour cessation des paiements.

II. La clôture pour cessation des paiements

1093. La résolution du plan de sauvegarde et du plan de redressement pour cause de cessation des paiements¹⁴⁴² trouve son fondement légal dans l'article L. 626-27-I, alinéa 2 du code de commerce. Contrairement à la résolution pour inexécution du plan, celle-ci n'est pas une option pour le tribunal, mais une obligation¹⁴⁴³. En d'autres termes, la constatation de la cessation des paiements¹⁴⁴⁴ durant l'exécution du plan impose au tribunal de prononcer sa résolution, en guise de sanction de l'échec du plan.

¹⁴⁴¹ Com. 2 avr. 1996, Bull. civ. IV, n° 110 ; D. 1997, somm. 77, obs. A. Honorat ; CA Dijon, 17 nov. 1998, Gaz. Pal. 2000, somm. 352.

¹⁴⁴² Com. 30 juin 2015, n° 14-16543 et 14-16544 (le projet du débiteur de réaliser son immeuble pour honorer son plan et les dividendes en retard est révélateur de l'état de cessation des paiements); Com. 12 juill. 2011, n° 11-19604 (dans l'appréciation de la cessation des paiements, la Cour de cassation prend en compte le retard de règlement du plan) ; Com. 22 mai 2013, n° 12-16.641 : JurisData n° 2013-010127 (les impayés ou les paiements tardifs des dividendes ne sont pas constitutifs d'un état de cessation de paiement nécessaire à la résolution du plan) ; V. également en ce sens CA Grenoble, 17 janv. 2007, JCP E 2007, 1905 : l'état de cessation des paiements ne peut résulter du non -paiement d'une créance, qui a une origine antérieure au jugement de redressement judiciaire, mais qui, par l'effet de la loi, n'a pu être initialement intégrée au plan de redressement.

¹⁴⁴³ PM. Le Corre, La résolution du plan de sauvegarde et du plan de redressement-Dix questions-réponses, *op.cit.* n° 2 s., p. 33 ; JP. Rémy, *op.cit.* n° 7.

¹⁴⁴⁴ Com. 10 mars 2009, n° 07-20.517 et n° 07-21.987 : JurisData n° 2009-047443 : il appartient au juge de constater la cessation des paiements du débiteur au cours de l'exécution du plan.

1094. Cette résolution permettrait à la caution *solvens* de recouvrer sa créance et les prérogatives qui y sont attachées comme dans l'hypothèse de la résolution pour inexécution du plan¹⁴⁴⁵ conformément aux dispositions de l'article L. 626-27-I, alinéa 2 bien que les conséquences de celle-ci ne soient pas clairement définies par le législateur¹⁴⁴⁶. Dans cette hypothèse, on pourrait penser que le recours de la caution permettra à cette dernière de ne pas supporter la charge définitive de la dette du débiteur principal. Pourtant il n'en est rien dans la mesure où il est peu évident que la cessation des paiements survenue durant l'exécution du plan rende le débiteur plus solvable qu'il ne l'était avant cet état. La cessation des paiements survenue durant l'exécution du plan de sauvegarde révèle l'alourdissement du passif du débiteur. Ce qui a logiquement, à ce stade, un impact réel sur les chances de recouvrement de la créance de remboursement de la caution *solvens*.

1095. De plus, contrairement aux effets de la résolution du plan pour inexécution des engagements du débiteur, le jugement qui prononce la résolution du plan, et constate la cessation des paiements, paralyserait le recours de la caution *solvens* car il emporte systématiquement et concomitamment l'ouverture d'une nouvelle procédure différente de celle antérieure¹⁴⁴⁷. C'est ce qui résulte de l'article R. 626-48 alinéa 2 du Code de commerce. Nonobstant la déchéance des délais consentis au débiteur, ce qui rendrait exigible la créance de remboursement et justifierait l'exercice du recours de la caution *solvens*, et l'anéantissement des remises accordées, ce qui permettrait à la caution *solvens* de recouvrer l'intégralité des sommes dépensées en lieu et places du débiteur principal, la caution *solvens* ne pourra exercer son recours en remboursement.

1096. La justification de ces affirmations réside en réalité dans le fait que, quoiqu'elle soit concomitante au jugement de résolution du plan, l'ouverture d'une nouvelle procédure emporte les mêmes effets que le jugement d'ouverture de la procédure antérieure. Il s'agit des effets habituels de tout jugement d'ouverture c'est-à-dire l'arrêt des poursuites des créanciers antérieurs et l'interdiction de les payer conformément aux dispositions de l'article L. 622-21 et de l'article L. 622-7-I du code de commerce. La Cour de cassation décide ainsi la suspension de toute voie

¹⁴⁴⁵ J.P. Rémy, *op. cit.* n° 17.

¹⁴⁴⁶ P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 4.

¹⁴⁴⁷ J.P. Rémy, *op. cit.* n° 13.

d'exécution en vue du recouvrement des créances antérieures à la nouvelle procédure collective résultant de la résolution d'un plan de continuation pour inexécution¹⁴⁴⁸.

1097. La caution *solvens*, peu importe le moment du paiement de la dette principale dans la procédure antérieure, sera considérée comme un créancier antérieur à l'ouverture de la nouvelle procédure comme tous les autres créanciers admis à celle-ci, y compris les créanciers qui n'y étaient pas admis. C'est d'ailleurs l'occasion pour ces derniers de déclarer leurs créances en vue de leur admission conformément aux dispositions de l'article L. 626-27-III du Code de commerce.

1098. Quant à la caution *solvens* admise à la procédure antérieure, elle le sera également dans la nouvelle procédure pour la créance non remise, déduction faite de ce qu'elle a reçu en paiement¹⁴⁴⁹. Dans le cadre de cette nouvelle procédure, la caution *solvens* pourrait même être amenée à consentir à nouveau des délais de paiement et des remises de dette au débiteur en cessation des paiements notamment dans le cadre d'un plan de redressement en cas de résolution du plan de sauvegarde pour cessation des paiements. La patience de la caution *solvens* sera à nouveau sollicitée dans l'optique de recouvrer sa créance dans le cadre de la nouvelle procédure¹⁴⁵⁰.

1099. Aussi, la clôture de la procédure de liquidation judiciaire aggraverait la situation de la caution *solvens* lorsqu'elle se produit pour insuffisance d'actif. Dès lors, la caution perdrait le bénéfice du principe de la reprise des poursuites de l'article L. 643-11-II du code de commerce, car elle a le statut du créancier antérieur dans cette nouvelle procédure. Paradoxalement, même lorsqu'elle bénéficie du privilège de cet article, l'exercice de son recours n'est pas garanti.

¹⁴⁴⁸ Com. 10 oct. 1995, Rev. proc. coll. 1996, p. 88, obs. Soinne ; Dr. Sociétés 1995, n° 241, obs. Chaput.

¹⁴⁴⁹ Com. 22 sept. 2015, n° 14-16920, JCP E 2016, 1000, n° 5, obs. Ph. Pétel ; Com. 4 mai 2017, n° 15-15390 ; Com. 16 sept. 2014, n° 13-16803 ; Bull. civ. IV, n° 122 : La Cour retient que la créance supplémentaire du créancier non admise à la première procédure est soumise à la procédure de vérification et d'admission des créances propre à la seconde procédure.

¹⁴⁵⁰ PM. Le Corre, *op. cit.* n° 4.

Paragraphe 2. La restriction de la portée pratique de l'action en remboursement de la caution dans le cadre de la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif

1100. Le recours en remboursement de la caution ne constitue pas une mesure traditionnelle des procédures collectives comme la règle de la suspension des poursuites¹⁴⁵¹ contre le débiteur, ou même, comme elle a pu le constituer pendant longtemps, la règle de l'extinction des créances non déclarées. Ce recours de la caution ne reçoit pas un traitement spécial ou exceptionnel dans toutes les procédures où la caution pourrait s'en prévaloir après son paiement. Sur le fondement de l'égalité des créanciers¹⁴⁵², la créance de remboursement de la caution *in bonis* est traitée comme toutes les autres dettes du débiteur principal et corrélativement la caution est traitée comme tous les créanciers chirographaires du débiteur.

1101. Comme dans les autres procédures, l'ouverture de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens ne permet pas davantage à la caution qui a payé en lieu et place du débiteur principal de recouvrer sa créance de remboursement durant cette procédure. Bien que l'interdiction ne soit pas expressément instaurée par le législateur des procédures collectives, sa pratique est neutralisée sans une exception légale. Il en est ainsi dans les procédures où les chances de redressement du débiteur en difficulté sont encore importantes à savoir la sauvegarde, le règlement préventif et le redressement judiciaire. Néanmoins, le législateur instaure, depuis qu'il s'intéresse au sort particulier de la caution¹⁴⁵³, une dualité de régime de son recours en remboursement en cas de clôture de cette procédure de liquidation judiciaire ou de liquidation des biens.

1102. Sans évoquer particulièrement la situation du recours en remboursement de la caution dans le cas de la clôture de la liquidation pour extinction du passif, car il est presque sans intérêt dans la mesure où tous les créanciers admis à la procédure sont désintéressés, le législateur admet expressément le recours de la caution qui a payé en lieu et place du débiteur uniquement si la procédure est clôturée pour insuffisance d'actif. C'est seulement dans ce cadre restreint des

¹⁴⁵¹ V. *supra* n° 378 s.

¹⁴⁵² V. Y. Viala, *Le principe de l'égalité des créanciers dans le redressement et le liquidation judiciaires des entreprises*, Th. Toulouse, 2001.

¹⁴⁵³ En droit français : le législateur en 1994 (loi du 10 juin) a pour la première fois à notre connaissance abordé la situation particulière de la caution dans les procédures collectives en permettant à la caution personne physique de bénéficier de règle de la suspension des poursuites.

procédures collectives que les dispositions de l'article 2305 du Code civil français et 32 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés trouvent à s'appliquer. Hormis cette condition, aucune autre ne donne expressément à la caution la possibilité de recouvrer sa créance après son paiement.

1103. Cette mesure, en droit français, n'est pas très récente, elle a été introduite par l'article 75 alinéa 2 de la loi du 10 juin 1994. Elle est en revanche, encore plus récente en droit OHADA car consacrée par l'article 174 alinéa 1 AUPC dans sa rédaction issue de l'AUPC du 10 septembre 2015. En application de l'articles L.643-11-II du code de commerce, la caution peut exercer son recours en remboursement¹⁴⁵⁴.

1104. Toutefois, il existe une restriction pratique dans la mise en œuvre du droit de la caution qui a payé dans la mesure où l'admission de son recours ne lui garantit pas le succès en cas de concours avec les autres créanciers. Innovation du droit contemporain des procédures collectives, l'admission du recours en remboursement de la caution en cas de clôture de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif (A) est limitée dans la pratique car la caution est mise en concours défavorable avec les autres créanciers (B).

A. L'admission récente du recours en remboursement de la caution en cas de clôture de la liquidation judiciaire et de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif

1105. La clôture de la liquidation judiciaire¹⁴⁵⁵ ou de la liquidation des biens¹⁴⁵⁶ pour insuffisance d'actif¹⁴⁵⁷ signifie que le débiteur n'est pas totalement sorti d'affaire et qu'il est toujours sous la menace des poursuites de certains de ses créanciers non satisfaits par la solution de ces procédures¹⁴⁵⁸. Cette insatisfaction qui peut être totale ou partielle les conduira naturellement à poursuivre le débiteur à la fin de ladite procédure pour recouvrer leur créance. En cas de clôture de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif, les législateurs français et communautaire africains instaurent tous les deux le principe de l'absence de la reprise

¹⁴⁵⁴ V.C. Saint-Alary-Houin, *op.cit.* n°1350.

¹⁴⁵⁵ Art. L. 643-9 s. C. com.

¹⁴⁵⁶ Art. 170 s. AUPC.

¹⁴⁵⁷ Droit français : art. L. 643-11 C. com.; Droit OHADA: art. 173 AUC.

¹⁴⁵⁸ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1379.

des poursuites des créanciers admis dans la procédure¹⁴⁵⁹. Ce qui empêche la caution *solvens* admise dans la procédure de réclamer sa créance de remboursement au débiteur pour lequel une clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif n'a pu être retenue¹⁴⁶⁰.

1106. Ce principe traditionnel du droit des procédures collectives applicable en France et transposé en droit OHADA depuis l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif originel révisé en 2015, avec quelques particularités que l'on tentera de mettre en exergue, a été omniprésent dans l'évolution de l'admission du recours en remboursement de la caution *solvens*. Jadis dans le silence de la loi, en droit français et en droit OHADA, le recours personnel de la caution *solvens* était neutralisé, comme les poursuites des autres créanciers antérieurs, par le principe de la non reprise des poursuites des créanciers¹⁴⁶¹.

1107. Désormais, depuis les récentes réformes majeures du droit des procédures collectives en France¹⁴⁶², y compris la réforme de 1994, et dans l'espace OHADA¹⁴⁶³, ce principe connaît une exception majeure et favorable à la caution qui a payé. La reprise de ses poursuites est admise¹⁴⁶⁴. Le verrou que constituait le principe de l'absence de reprise des poursuites des créanciers n'est plus opposable à la caution *solvens* en cas de clôture de la liquidation judiciaire ou de liquidation des biens pour insuffisance d'actif¹⁴⁶⁵. En effet, le sort du recours en remboursement de la caution est expressément réglementé dans le Livre sixième du code de commerce et l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

1108. Pour mieux mettre en lumière les particularités de l'évolution de cette solution, dont le droit français est la référence, par opposition au droit OHADA, il paraît opportun d'effectuer un examen distinct des deux systèmes de droit. L'examen de l'admission du recours en remboursement de la caution dans le cadre de la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif en droit OHADA (II) succèdera celui du droit français, droit modèle de la réglementation communautaire africaine (I).

¹⁴⁵⁹ Droit français : art. L. 643-11 ; Droit OHADA : art. 174 AUPC.

¹⁴⁶⁰ Dans l'hypothèse d'une clôture pour extinction du passif tous les créanciers admis à la procédure n'ont plus aucun intérêt à poursuivre le débiteur soit parce qu'ils ont reçu le paiement de leurs dividendes, soit parce qu'ils ont abandonné leurs créances.

¹⁴⁶¹ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1407.

¹⁴⁶² Réformes majeures du 26 juill. 2005 et du 10 juin 1994.

¹⁴⁶³ Première réforme majeure de l'AUPC du 10 sept. 20015.

¹⁴⁶⁴ Art. L. 643-11 C. com.; art. 174 al. 1 AUPC.

¹⁴⁶⁵ C. Saint-Alary-Houi, *op. cit.*

I. Consécration du recours en remboursement de la caution en droit français

1109. La question du recours en remboursement de la caution dans le cadre de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif a suscité l'intérêt. Dans une première période, celle qui précède la loi n° 94-475 du 10 juin 1994, le silence de la loi, avait conduit à une interdiction parfois controversée du recours en remboursement de la caution qui a payé. Cette interdiction qui résultait de l'interprétation des dispositions de la loi en vigueur était certes défavorable à la caution *in bonis*. La situation changera dès 1994. Il convient dès lors d'examiner successivement La question de l'admission du recours en remboursement de la caution avant la loi n° 94 -475 du 10 juin 1994 (a) et depuis l'entrée en vigueur celle-ci (b).

a. Avant la loi 94-475 du 10 juin 1994

1110. Antérieurement à la loi 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises¹⁴⁶⁶, le sort du recours personnel de la caution après paiement, au sens de l'ancien article 2028 (devenu article 2305), n'était pas expressément déterminé dans le code de commerce. Il était aléatoire. Un auteur indiquait à ce titre, sous l'empire de la loi de 1967, que « les créanciers survivaient à la procédure de liquidation des biens, de sorte que la caution pouvait, en théorie du moins, se retourner contre le débiteur au-delà des dividendes concordataires, la caution devant définitivement supporter la dette pour la part ayant fait l'objet des remises concordataires »¹⁴⁶⁷.

1111. Toutefois, ce recours de la caution pouvait trouver un fondement légal en droit des procédures collectives dans l'interprétation de l'article 92 alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985¹⁴⁶⁸. Aux termes de celui-ci, le jugement de clôture fait recouvrer à chaque créancier l'exercice individuel de ses actions.

¹⁴⁶⁶ L. n° 94-475 du 10 juin 1994, préc.

¹⁴⁶⁷ Ph. Simler, Cautionnement, J.-Cl. civ. 14 mars 2013, Fasc. n° 50. 33 ; V. également en ce sens Cass. req. 15 janv. 1901, DP. 1901. 1. P. 325 ; S. 1902. 1. P. 41 ; CA Agen, 22 mars 1898, DP. 1898. 2. p. 269 ; CA Besançon, 1^{er} juin 1932, DP. 1933. 2. p. 87, note Lehuieroukérisel.

¹⁴⁶⁸ L. n° 85-98 du 25 janv. 1985, préc. (art. 92 modifié par L. n° 94-475 du 10 juin 1994) ; V. également Décr. n° 85-1388 du 27 déc. 1985, JO. 29 déc. 1985 ; D. 1986, 84.

1112. La reprise des poursuites des créanciers à la clôture de la procédure de la liquidation des biens et l'absence d'interdiction expresse du recours personnel de la caution permettaient, théoriquement, à la caution *in bonis* d'exercer son recours personnel contre le débiteur principal

1113. A l'évidence, contrairement au droit commun du cautionnement, l'admission du recours personnel de la caution qui a payé était jadis implicite dans les procédures collectives. Cela s'explique, sans doute, par le fait que le législateur était moins préoccupé par le sort général de la caution du débiteur en difficulté.

1114. Contrairement à la loi de 1967, l'apport de la loi de 1985 a consisté à éclairer discrètement convient-il de l'admettre, le sort de la caution *solvens* en général, laquelle est traitée comme un créancier antérieur au même titre que le coobligé¹⁴⁶⁹. En effet, l'exégèse des articles 60 alinéa 2 impliquait la soumission de la caution *solvens* à l'obligation de déclaration de sa créance de remboursement. Par cette assimilation au créancier antérieur, la caution *solvens* ne pouvait logiquement exercer les droits de créance dont elle disposait contre le débiteur après le paiement notamment dans le cadre de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Elle ne pouvait donc, en principe, poursuivre le débiteur en remboursement. Pourtant, sous les deux régimes, le recours de la caution qui a payé était aléatoire eu égard au mutisme du législateur. Une anomalie corrigée par la loi de 1994.

b. Depuis la loi du 10 juin 1994

1115. Le contexte de la loi de 1994 est différent. Si à propos de la reprise des poursuites individuelles des créanciers la solution n'a pas évolué, il n'en demeure pas moins que le sort du recours personnel de la caution fait désormais l'objet d'une disposition particulière. En effet, il résulte des dispositions de l'article 169 alinéa 2 de la loi de 1994 que « la caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci ». Cette solution est désormais consacrée par l'article L. 643-11-II du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi de sauvegarde de 2005¹⁴⁷⁰. Il s'agit là de la première véritable consécration du recours personnel de la caution *solvens* dans les procédures collectives.

¹⁴⁶⁹ Art. 60 al. 2 L. du 25 janv. 1985 : « le coobligé qui a fait le paiement partiel peut déclarer sa créance pour tout ce qu'il a payé ».

¹⁴⁷⁰ L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005, préc.

1116. Cette admission légale du recours en remboursement de la caution après le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif améliore, du moins théoriquement, la situation de la caution *solvens* qu'elle soit une personne physique ou personne morale. *A priori*, elle ne devrait pas supporter la charge définitive de l'obligation du débiteur principal conformément à son engagement accessoire¹⁴⁷¹. Le sort de la caution est ainsi distingué du sort des autres créanciers, ainsi que celui de tous les autres garants. Mais depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, tous les garants sont visés.

1117. En tout état de cause, cette évolution de la question du sort du recours en remboursement de la caution dans le cadre de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif en droit français semble avoir influencé le législateur OHADA.

II. La consécration du recours en remboursement de la caution en du droit OHADA

1118. Comme en droit français, la consécration du recours personnel de la caution *solvens* est expressément envisagée dans le cadre de la clôture de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif. Elle résulte de l'alinéa premier de l'article 174 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, dans sa rédaction issue de la réforme du 10 septembre 2015 (b). Une logique contraire à celle de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif originel (a).

a. Sous le régime de l'AUPC originel

1119. L'article 174 dans sa rédaction issue de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif de 1998 disposait que la « décision de clôture pour insuffisance d'actif fait recouvrer à chaque créancier (de la masse) l'exercice individuel de ses actions ». Combiné aux dispositions de l'article 92 du même Acte uniforme, il fondait le socle du principe du recours personnel de la caution après le paiement effectué par celle-ci.

1120. Contrairement à l'alinéa 2 de l'ancien article 169 dans sa rédaction issue de la loi du 10 juin 1994, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif n'indiquait pas expressément que la caution qui a payé au lieu et place du débiteur peut

¹⁴⁷¹ G. Mégret, *op. cit.* n° 140.

poursuivre celui-ci en remboursement. Néanmoins, eu égard aux dispositions de l'article 174 dans sa rédaction issue de l'AUPC originel et ne pouvant distinguer là où la loi ne distingue pas, il fallait admettre que la caution, recouvrant comme tous les créanciers l'exercice individuel de ses actions¹⁴⁷², pouvait exercer son recours en remboursement à l'encontre du débiteur principal dès le prononcé de la décision de clôture de la procédure de liquidation des biens pour insuffisance d'actif¹⁴⁷³.

1121. Ce principe de reprise des poursuites des créanciers, permettait à la caution *solvens* d'exercer son recours en remboursement dans l'espoir que le débiteur la désintéresse. Cela pouvait notamment être le cas lorsque celui-ci était une personne physique, car nonobstant la clôture de la procédure il continuait à répondre de son passif. En revanche, la tâche était vouée à l'échec lorsque le débiteur était une personne morale dans la mesure où la décision de clôture entraînait *ipso facto* sa disparition notamment après sa radiation du registre de commerce et du crédit mobilier¹⁴⁷⁴ de la juridiction dans le ressort de laquelle son immatriculation avait été obtenu conformément aux dispositions de l'article 58 de l'Acte uniforme portant organisation du droit commercial général.

1122. Toutefois, si cette mesure implicite avantageait la caution dans la mesure où théoriquement son droit de créance était maintenu, il n'en demeure pas moins qu'elle ne lui garantissait pas le recouvrement intégral de sa créance de remboursement. Pas plus que depuis la réforme de l'AUPC du 10 septembre 2015¹⁴⁷⁵ qui détermine expressément le sort du recours en remboursement de la caution solvens en cas de liquidation des biens pour insuffisance d'actif.

¹⁴⁷² L'art. 74 consacrait jadis, contrairement au droit français, le principe de reprise des poursuites des créanciers contre le débiteur principal ce qui, *ipso facto*, permettait à la caution qui a payé en lieu et place du débiteur de lui réclamer le remboursement des sommes dépensées. De façon générale, ce principe se justifiait par « le souci de mettre fin à une distinction choquante entre les petits commerçants et artisans, personne physique, qui devaient continuer à supporter le poids de leurs dettes, et les dirigeants sociaux qui étaient immédiatement et définitivement libérés après la clôture d'une procédure collective » (Ripert et Roblot par Delebecque et Germain, Traité de droit commercial, LGDJ, tome 2, 15^e éd. 1995, n° 3275 ; V. également FM. Sawadogo, *op. cit.* n° 328 et comm. sous art. 174 AUPC originel).

¹⁴⁷³ V. en ce sens FM. Sawadogo, *op. cit.* n° 326 ; La décision de clôture de la procédure de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif est rendue par la juridiction compétente de chaque Etat membre ayant ouvert la procédure. Il peut s'agir aussi bien du Tribunal de commerce du Mali (T. com. Bamako, jug. n° 179 du 26 avr. 2006), du Tribunal régional hors classe du Sénégal (TRHC de Dakar, jug.com. n° 160 du 26 août 2005) ou encore du TPI du Togo (TPI Lomé, jug. n° 1606 du 5 juin 2009).

¹⁴⁷⁴ Art. 34 s. AUPC.

¹⁴⁷⁵ AUPC 10 sept. 2015, préc.

b. Depuis la réforme de l'AUPC du 10 septembre 2015

1123. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 septembre 2015 à Grand-Bassam, en Côte d'Ivoire n'a finalement pas changé la possibilité donnée à la caution *solvens* d'être en mesure de poursuivre le débiteur en remboursement des sommes dépensées en ses lieux et place. La situation de la caution ne semble donc pas avoir changé sur le fond. En revanche, du point de vue normatif, il y a lieu de constater que le législateur a modifié fondamentalement les dispositions de l'article 74 qui consacre toujours le recours de la caution. Il en fait depuis, un créancier particulier et privilégié dès lors que la caution *solvens* n'est plus traitée comme tous les autres créanciers.

1124. La caution *solvens* est désormais la seule à bénéficier exceptionnellement du principe de la reprise des poursuites après la clôture de la procédure de liquidation des biens pour insuffisance d'actif. En d'autres termes, dans sa nouvelle rédaction, l'article 174 érige en principe pour tous les autres créanciers, l'absence de rétablissement de leurs poursuites à l'encontre du débiteur principal. Ils ne peuvent donc pas procéder au recouvrement de leurs créances conformément à l'article 174 qui dispose, en son alinéa premier, que les créanciers ne recouvrent pas l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur¹⁴⁷⁶, sauf si la créance résulte d'une condamnation pénale du débiteur.

1125. Ce privilège accordé expressément à la caution doit cependant être relativisé dans la mesure où la caution le partage avec les autres créanciers à la clôture de l'union notamment sur les actifs qui n'ont pas pu être réalisés durant la liquidation des biens conformément au dernier alinéa de l'article 170 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif¹⁴⁷⁷.

1126. Aussi, l'admission du recours en remboursement dans le droit français et le droit OHADA des procédures collectives n'est qu'une consécration d'une solution jadis observée dans le droit

¹⁴⁷⁶ Il s'agit d'une véritable régression des droits des créanciers dans les procédures collectives. Jadis, la décision de clôture de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif était attendue, à défaut de la décision de clôture pour extinction du passif du débiteur, par les créanciers qui n'ont pu recouvrer leur créance. En revanche, l'exercice de leur droit de contrainte n'était pas une garantie de la solvabilité ultérieure du débiteur liquidé car la liquidation pour insuffisance d'actif signifie que le débiteur ne dispose pas de fonds suffisants pour honorer ses engagements à l'égard de tous ses créanciers. La clôture de la procédure ne libère pas le débiteur de ses engagements. Cela fait craindre à certains auteurs que cette solution ne laisse pas au débiteur la possibilité de rebondir par la création d'une nouvelle activité (V. en ce sens FM. Sawadogo, comm. sous art. 174 AUPC).

¹⁴⁷⁷ V. en ce sens FM. Sawadogo, *op. cit.* n° 324.

français antérieur. La constance de cette solution malgré les réformes aurait pu supposer un traitement plus particulier du remboursement de la caution *solvens* après la décision de clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif. Il n'en est rien dans la pratique car la caution *solvens*, reprenant son droit de poursuite contre le débiteur principal pour le remboursement de sa créance, ne sera pas privilégiée dans le paiement des dividendes.

B. Le concours de la caution avec les autres créanciers : un paiement des dividendes, défavorable à la caution *solvens*

1127. L'admission du recours en remboursement de la caution dans le cadre particulier de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne signifie pas nécessairement que la caution va recouvrer l'intégralité de sa créance à l'égard du débiteur principal. Si elle bénéficie du privilège d'échapper à la règle de la non-reprise des poursuites individuelles contrairement aux autres créanciers¹⁴⁷⁸, il est en revanche incertain qu'elle soit payée par le débiteur liquidé. Deux arguments seront ici développés, l'un repose sur le rang défavorable qu'occupe la caution dans le paiement de dividendes (I) et le second sur le système de paiement qui lui permettrait de recouvrer sa créance : le paiement au marque le franc (II).

I. Le rang de paiements défavorables à la caution *solvens*

1128. La liquidation judiciaire est prononcée si aucun plan n'est possible, en cas d'échec du plan ou à la suite d'un plan de cession qui a conduit à la transmission et à la reprise de l'entreprise. Dès lors, la mise en œuvre du paiement des dividendes¹⁴⁷⁹ des créanciers, sans distinction, obéit à un ordre bien établi. Jadis, sous le régime de la loi du 25 janvier 1985¹⁴⁸⁰ (art. 40) cet ordre, au demeurant unique¹⁴⁸¹, était fonction de l'origine de la créance c'est-à-dire que les créances étaient classées selon qu'elles étaient antérieures à la procédure ou postérieures à celle-ci. Ces dernières

¹⁴⁷⁸ V. en ce sens F. Reille, *op. cit.* n° 884 y compris les arrêts cités en note de bas de page.

¹⁴⁷⁹ V. en ce sens art. R. 643-2 al. 2 C. com.

¹⁴⁸⁰ L. n° 85-98 du 25 janv. 1985, préc.

¹⁴⁸¹ L'art. 40 de la loi du 25 janv. 1985 instituait un seul classement entre tous les créanciers peu importe la procédure collective en cause ; V. en ce sens P.M. Le Corre, *op. cit.* n° 456.51 ; A. Jacquemont, R. Vabres, T. Mastrullo, *op. cit.* n° 1003 s.

étant payées avant les premières. Ce qui nourrissait davantage le débat sur la nature de la créance de remboursement de la caution¹⁴⁸².

1129. Désormais, le classement des créanciers, bien qu'il soit différent selon qu'une procédure de liquidation judiciaire est ouverte ou non à l'encontre du débiteur, est davantage fonction de son utilité que de son origine. Ce qui justifie en partie la requalification de la créance de remboursement de la caution en créance non privilégiée. En effet, aux termes des dispositions des articles L. 641-13 et L.643-8 du code de commerce, les créanciers du débiteur à l'encontre duquel une procédure de liquidation judiciaire est ouverte sont classés en deux grands groupes, les créanciers privilégiés et ceux non privilégiés, au sein desquels existent de nombreuses subdivisions.

1130. Dans le premier groupe, les créanciers bénéficiant du super-privilège des salariés vont primer les créanciers simplement privilégiés¹⁴⁸³. Pour le premier sous-groupe, il s'agit essentiellement du droit pour les salariés du débiteur en liquidation judiciaire d'être payés par priorité sur les premiers fonds disponibles¹⁴⁸⁴. Tandis que, pour le second, il sera essentiellement question de toutes les autres créances privilégiées à savoir celles bénéficiant du privilège des frais de justice, des créances résultant des prêts consentis ainsi que les créances résultant de la poursuite d'exécution des prêts en cours et tous les autres créanciers postérieurs autres que les précédents. Les créanciers non privilégiés¹⁴⁸⁵ ne viennent qu'après tous ces premiers créanciers. C'est une fois que les dividendes ont été payés à ces derniers que tous les créanciers non privilégiés seront payés, là aussi selon un classement interne qui leur est propre.

1131. Cependant, c'est parmi ces créanciers qu'il convient de classer la caution qui a payé en lieu et place du débiteur car elle ne bénéficie pas du privilège de l'article L.641-13, encore moins du super-privilège des salariés dans la mesure où la créance qu'elle détient sur le débiteur n'est pas

¹⁴⁸² Ch. Juillet, *op. cit.* n° 523.

¹⁴⁸³ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 666.

¹⁴⁸⁴ V. en ce sens Ph. Pétel, obs. sur Com. 11 juin 2014, JCP E 2014, 1447, n° 9 sur la primauté du super-privilège des salariés sur les créances hypothécaires.

¹⁴⁸⁵ Par exemple, une créance de loyer d'habitation. Celle-ci ne remplit pas les conditions de l'art. L.622-17 C. com. Peu importe qu'elle soit née après l'ouverture de la procédure ou non, celle-ci ne constitue pas une créance postérieure privilégiée dans la mesure où elle n'est pas née pour les besoins du déroulement de la procédure (Com. 12 mars 2013, n° 11-24.365 : JurisData n° 2013-004305 ; Act. proc. coll. 2013, comm. 74, obs. L. Fin-Langer ; JCP E 2013, 1341, obs. Ch. Lebel et n° 12, obs. Ph. Pétel).

une créance salariale¹⁴⁸⁶. Cela signifie que malgré son apport qui peut être considérable dans l'apurement du passif du débiteur, la caution, qu'elle ait payé le créancier avant ou après l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, ne sera pas plus considérée qu'un autre créancier du débiteur.

1132. Le rang de la caution *solvens* n'est pas ici favorable pour lui permettre de recouvrer efficacement sa créance. L'admission de son recours en cas de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif est d'un intérêt pratique très limité et plus aléatoire que dans le droit commun. Dans la pratique, les créanciers issus de ce second groupe ne perçoivent pas en majorité l'intégralité de leurs créances lorsqu'ils sont payés¹⁴⁸⁷. Or, ces derniers ne sont pas tous payés au même moment et de la même façon, comme les précédents¹⁴⁸⁸. Au-delà du faible taux de recouvrement des créances chirographaires, le succès du recours en remboursement de la caution est incertain.

II. Une répartition au marc le franc relativement favorable à la caution *solvens*

1133. La répartition au marc le franc¹⁴⁸⁹ signifie que les créanciers recevront le paiement de leurs créances à proportion de celles-ci, sans que l'on tienne compte de leur cause de préférence¹⁴⁹⁰. En tant que créancier chirographaire, c'est-à-dire non privilégié, son paiement obéit à cette technique juridique de paiement des créanciers. L'hypothèse ici est la même que celle de départ, la caution a payé et se retrouve en concurrence avec d'autres créanciers pour le recouvrement de sa créance. La caution fait -elle partie du faible taux des créanciers non privilégiés qui peuvent prétendre recouvrer (au mieux) une partie de leur créance ou devra-t-elle subir la charge définitive de la dette du débiteur principal.

¹⁴⁸⁶ En tant que salariée de l'entreprise cautionnée, la caution a droit comme tous les autres salariés au traitement préférentiel du super-privilège des salariés. A ce titre elle peut être payée avant tous les créanciers chirographaires. Ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle exerce son recours en remboursement.

¹⁴⁸⁷ A. Jacquemont, *ibidem* : pour cet auteur seul en moyenne 5% des créanciers chirographaire ont l'espoir d'obtenir un paiement significatif de leur créance. Cela dénote, de façon générale, la difficulté pratique des créanciers non privilégiés lorsqu'il s'agit d'exercer efficacement leur droit de créance lorsque s'ouvre une procédure collective à l'encontre du débiteur.

¹⁴⁸⁸ V. en ce sens C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1131.

¹⁴⁸⁹ Locution germanique qui est définie par le professeur Le Cornu (Vocabulaire juridique, Puf, 11^e éd.) comme la répartition d'une somme « au prorata des droits de chacun des intéressés, lorsque l'ensemble de ses droits dépasse la somme à répartir et qu'il n'existe pas de cause de préférence au profit des uns sur les autres ». C'est la raison pour laquelle, le législateur a prévu que tous les créanciers privilégiés, selon leur rang, soient payés avant les autres.

¹⁴⁹⁰ V. en ce sens M. Jeantin et P. Le Cannu, *op. cit.* n°1309.

1134. La première réponse que le législateur apporte à cette problématique peut paraître rassurante pour la caution qui a payé car il indique expressément que les créanciers non privilégiés qu'ils soient antérieurs ou postérieurs au jugement d'ouverture peuvent recouvrer leurs créances. C'est notamment ce qui ressort des dispositions des articles L.622-17, L. 641-13 et L.643-8 du code de commerce applicables dans la procédure de liquidation judiciaire. En revanche, les dispositions de l'article L. 643-8 nuancent les précédentes en ce sens que le mode de paiement choisi pour désintéresser les créanciers non privilégiés ne permet pas un traitement identique de tous ces derniers.

1135. L'hypothèse ici est que la répartition au marc le franc que suggère cet article et implicitement le 3° de l'article L.622-17 III du même code invite à distinguer le rang de paiement de la caution selon l'importance de sa créance de remboursement, et non selon le moment de son paiement¹⁴⁹¹. Plus celle-ci sera importante, plus la caution aura la chance de la recouvrer et moins elle le sera moins son paiement sera significatif, tout en gardant à l'esprit que très peu de créanciers recouvrent leurs créances particulièrement dans le cadre de la liquidation judiciaire.

1136. Ce paiement sera d'autant plus intéressant pour la première que l'assiette de distribution des dividendes est plus large, ce qui n'est pas toujours le cas surtout en présence de créanciers détenteurs de privilèges. Les chances de recouvrement de la créance de remboursement de la caution sont minces¹⁴⁹² et incertaines, excepté lorsque les fonds récoltés dans le cadre de la saisie et de la vente des biens du débiteur sont suffisamment importants pour désintéresser tous les créanciers. Dans cette hypothèse, on assistera à une clôture de la liquidation judiciaire, non pas pour insuffisance d'actif, mais pour extinction du passif. En conséquence, que le paiement ait été effectué avant ou après l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, la situation de la créance de remboursement de la caution n'est pas très avantageuse en cas de clôture pour insuffisance d'actif.

1137. Dans la pratique, il conviendra de suggérer à celle-ci, surtout lorsqu'elle a effectué son paiement avant l'ouverture de la procédure, de solliciter du débiteur la garantie du paiement de sa

¹⁴⁹¹ La jurisprudence décide que la créance de remboursement de la caution naît antérieurement à l'ouverture de la procédure (Com. 30 sept. 2008, n° 07-18.479 : JurisData n° 2008-045257 ; JCP E 2008, 2493, n°1, note Ph. Simler ; Gaz. proc. coll. 2009-1, 21-22 janv. 2009, p. 31, obs. Henry) comme celle du garant contre le donneur d'ordre (Com. 19 déc. 2006, D. 2007, p. 158, obs. A. Lienhard ; JCP E 2007, 1450, n° 12, obs. M. Cabrillac). Par conséquent, peu importe qu'elle ait payé avant ou après l'ouverture de la procédure collective, la caution peut rechercher le paiement de sa créance au-delà de la clôture de la liquidation judiciaire (Com. 28 juin 2016, n° 14-21810).

¹⁴⁹² V. en ce sens, V. Bouthinon-Dumas, Le banquier face à l'entreprise en difficulté, *op. cit.* n° 212.

créance de remboursement. En ce sens, à défaut de recouvrer sa créance auprès du débiteur lui-même, elle pourra rechercher son paiement auprès des tiers garants¹⁴⁹³ avec plus de succès, encore faut-il qu'elle ait déclaré sa créance auprès des organes de la procédure dans certains cas.

1138. Aussi, que son paiement soit antérieur ou postérieur¹⁴⁹⁴, la caution qui a pris le soin de solliciter une sûreté pour sa créance de remboursement, telle qu'une sûreté immobilière ne sera-t-elle pas mieux traitée que les autres créanciers non privilégiés en concours avec elle. Dans ces conditions, son paiement prime toutes les créances postérieures non privilégiées. Pour autant, force est de constater que, dans la pratique du droit des procédures collectives, ce type de paiement de la caution par les tiers est tout aussi aléatoire que le recouvrement rapide d'une créance ordinaire par une injonction de payer.

¹⁴⁹³ V. *infra* 1183 s.

¹⁴⁹⁴ Com. 30 sept. 2008, LPA 21 fév. 2009, note J.P. Sortais : la créance de la caution qui a payé la dette, postérieurement à l'ouverture de la procédure collective, et qui agit contre le débiteur principal sur le fondement de l'article 2305 du code civil prend naissance à la date de l'engagement de la caution.

CHAPITRE 2. LA PRESERVATION ALEATOIRE DE LA CREANCE DE REMBOURSEMENT

1139. La caution *solvens* dont le recours en remboursement est malmené par la discipline collective du débiteur principal en difficulté court le risque de de perdre sa créance et de contribuer définitivement à la dette du cautionné, ce qui dénaturerait l'institution même du cautionnement. En effet, depuis l'application de la loi *publilia*¹⁴⁹⁵, loi précurseur de la protection de la caution en général telle qu'elle se pratique dans le droit moderne, la caution jouit du recours en remboursement pour ne pas être considérée et traitée comme un second débiteur ou un codébiteur à part entière. La caution est un débiteur pour le créancier, mais un débiteur accessoire. Dès lors, l'exercice du recours récursoire de la caution qui a payé apparaît comme une garantie du caractère accessoire de son engagement en ce sens qu'elle ne s'engage pas pour elle-même, mais pour un autre. Elle n'a donc pas à supporter la charge définitive de la dette de ce dernier. Le suggérer ou l'envisager reviendrait à considérer un sujet de droit pour responsable de la faute d'un autre, sous prétexte qu'ils entretiennent des relations.

1140. Il existerait donc une forme d'injustice à faire supporter à la caution, désintéressée au demeurant, la responsabilité entière de la dette du débiteur principal. Ce sentiment d'injustice est partagé par la doctrine¹⁴⁹⁶ qui considère le recours en remboursement de la caution *solvens* comme relevant d'un processus de justice corrective. Cette injustice naissant du déséquilibre patrimonial que crée le paiement de la caution, le recours en remboursement de celle-ci serait de nature à rétablir la justice dans les rapports de la caution et du débiteur principal¹⁴⁹⁷.

1141. En tout état de cause, ce souci de justice et d'équité est celui que défend la théorie de l'accessoire en droit français et en droit OHADA. Cela se traduit notamment par le principe selon lequel la caution ne peut être plus durement traitée que le débiteur¹⁴⁹⁸. Le recours récursoire de la caution qui a payé s'inscrit dans cette logique de sorte qu'il est opportun d'envisager la

¹⁴⁹⁵ V. *supra* n° 96 s.

¹⁴⁹⁶ M. Bourassin et V. Brémont, *ibidem*

¹⁴⁹⁷ Il s'agit de la théorie de la justice corrective : elle vise à rétablir l'équilibre entre le patrimoine du débiteur et celui de la caution à la suite du déséquilibre causé par le paiement de celle-ci et l'enrichissement du débiteur (V. en ce sens M. Bourassin et V. Brémont, *op. cit.* n° 325 s.).

¹⁴⁹⁸ V. *supra* n° 27 s..

préservation de la créance de remboursement dans le droit des procédures collectives. Et ce, d'autant plus que cette discipline s'est inscrite durablement depuis la réforme de la loi de sauvegarde dans un processus de protection incitative de la caution afin que celle-ci, notamment en qualité de dirigeant, participe activement au redressement du débiteur et ne favorise pas, par passivité ou négligence, sa liquidation.

1142. La préservation de la créance de remboursement paraît être un enjeu crucial pour la protection du cautionnement et du patrimoine de la caution dans le cadre des procédures collectives. Cependant, cette préservation semble aléatoire et complexe car son efficacité est soumise à la mise en œuvre efficiente de plusieurs mécanismes de paiement du droit des procédures collectives et du droit commun du cautionnement en premier lieu (Section 1). Cette préservation est également aléatoire car elle ne s'applique pas à toutes les cautions, et celles à qui elle s'applique ne peuvent espérer recouvrer leur créance que si un tiers est tenu directement, telle une sous-caution, ou indirectement, comme un cofidélisateur, à payer la caution. Il s'agira ainsi d'examiner en second lieu la préservation de la créance de remboursement par la mise en œuvre des recours contre la sous-caution et les cofidélistes (Section 2). Le risque que la situation de la caution *solvens* ou du dirigeant caution qui a payé se dégrade est réel¹⁴⁹⁹, de sorte qu'il paraît nécessaire de voir si les législateurs français et OHADA poursuivent leur effort de protection de la caution qui a payé, afin que celle-ci ne se sente pas définitivement lésée. C'est la question du traitement du risque d'insolvabilité de la caution *solvens* (Section 3).

Section 1. La mise en œuvre des mécanismes de protection du droit des procédures collectives et de ceux du droit commun du cautionnement

1143. Selon sa situation, le législateur offre à la caution plusieurs mécanismes juridiques de préservation de sa créance et de son recours en amont comme en aval de son paiement. A ce propos, en application des règles du droit commun du cautionnement, la caution simple poursuivie peut, avant son paiement, peut se prévaloir du bénéfice de discussion¹⁵⁰⁰ et du

¹⁴⁹⁹ La doctrine de la justice corrective par le biais du recours en remboursement de la caution évoque d'ailleurs ce risque (M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 339).

¹⁵⁰⁰ Art. 2298 C. civ. (anc. art. 2021) ; V. en ce sens M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 294 s.

bénéfice de division¹⁵⁰¹, si elle n'y a pas renoncé¹⁵⁰². La caution peut aussi exceptionnellement exercer un recours personnel contre le débiteur avant son paiement pour justement « se prémunir de l'absence de remboursement »¹⁵⁰³ du débiteur après son paiement. De même, elle peut être déchargée de son engagement ou réduire le montant de sa dette en établissant la responsabilité pour faute du créancier en raison d'un manquement à son devoir¹⁵⁰⁴ d'information. Elle peut dénoncer le contrat de cautionnement pour vice de consentement ou du fait des clauses abusives qu'ils comportent¹⁵⁰⁵, ou invoqué le caractère disproportionné du cautionnement¹⁵⁰⁶ et le soutien abusif du créancier au débiteur¹⁵⁰⁷, ou également l'exception de subrogation¹⁵⁰⁸.

1144. Au demeurant, ces moyens de défense, dont la liste n'est pas exhaustive, dont bénéficie la caution dans le droit du cautionnement, qu'elle peut opposer au créancier poursuivant, ne semblent pas tous être à l'avantage ou utiles à la caution dans le cadre du droit des procédures collectives. Il conviendra par conséquent d'analyser l'opportunité de certains de ces mécanismes de droit commun (Paragraphe 2), après l'examen de l'opportunité du seul mécanisme du droit des procédures collectives qui peut constituer un obstacle sérieux au recouvrement de la créance de remboursement de tout créancier c'est-à-dire l'absence de déclaration de créance. En d'autres termes, la préservation de la créance de remboursement dans le cadre des procédures collectives passe aussi par sa déclaration (Paragraphe 1).

Paragraphe 1. L'opportunité de la déclaration préventive de la créance

1145. En droit des procédures collectives, il n'existe pas de moyens propres de préservation ou de sauvegarde du recours en remboursement de la caution *solvens*¹⁵⁰⁹. Comme tout créancier antérieur et non privilégié¹⁵¹⁰, le remboursement de sa créance sera généralement subordonné à la

¹⁵⁰¹ Art. 2302 C. civ. (anc. art. 2025) ; V. également en ce sens M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 302 s.

¹⁵⁰² V. en ce sens M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 297 ; D. Legeais, *op. cit.* n° 271 s.

¹⁵⁰³ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 339.

¹⁵⁰⁴ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 277 s. (à propos des obligations du créancier à l'égard de la caution dès la formation du contrat de cautionnement) ; V. également en ce sens D. Legeais, *op. cit.* n° 287 s.

¹⁵⁰⁵ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 237 s.

¹⁵⁰⁶ Art. L. 314-18 C. consom. (anc. art. L. 313-10) et art. L. 332-1 (anc. art. L.341-4) ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 268.

¹⁵⁰⁷ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 860 s. et 866 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 642.

¹⁵⁰⁸ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 771, p. 507 s.

¹⁵⁰⁹ A. Honorat, comm. sous. D. 2000, p. 99 ; A. Martin-Serf, comm. ss. Com. 22 sept. 2009, RTD com. 2010, p. 609 et RTD com. 2003, p. 165.

¹⁵¹⁰ V. *supra* n° 1012 s.

déclaration ou à la production¹⁵¹¹ de sa créance¹⁵¹². En ce sens, la jurisprudence française conditionne la participation au paiement des dividendes à la déclaration de son recours personnel¹⁵¹³ ou de sa créance de recours¹⁵¹⁴. Toutefois, bien que le défaut de déclaration ne libère plus la caution¹⁵¹⁵, la déclaration de la créance de remboursement de la caution *solvens* est nécessaire à la préservation de l'efficacité de son recours personnel contre la sous-caution (A), mais aussi à l'efficacité du recours subrogatoire lorsque la caution *solvens* a payé avant la fin du délai de déclaration (B).

A. La soumission de l'efficacité du recours personnel de la caution *solvens* contre la sous-caution à la déclaration de créance

1146. La sous-caution¹⁵¹⁶ est à la caution ce que cette dernière est *mutatis mutandis* au créancier initial¹⁵¹⁷. En cas d'insolvabilité du débiteur, la caution *solvens* peut appeler la sous-caution en garantie de sa créance de remboursement en vue de la recouvrer¹⁵¹⁸. Néanmoins, en tant que créancier antérieur, la caution *solvens* n'échappe pas à l'obligation de déclaration ou de production de créance. Il s'agit d'une condition *sine qua non* de la préservation de l'efficacité de son recours en souffrance du fait de la discipline collective.

1147. Pour l'illustrer, la jurisprudence avait retenu, sous l'empire de la sanction extinction du défaut de déclaration, qu'une sous-caution ne saurait tenir en échec cette démarche de la caution *solvens* sous prétexte que sa déclaration aurait fait obstacle à l'extinction de la créance principale¹⁵¹⁹ qui l'aurait libéré de son obligation. On ne peut reprocher à la caution *solvens* d'avoir préservé sa créance de remboursement en procédant à sa déclaration dans le cadre de la

¹⁵¹¹ V. *supra* n° 126.

¹⁵¹² A. Martin-Serf, comm. ss. Com. 22 sept. 2009, préc. *supra* note 1509.

¹⁵¹³ Com. 29 oct. 1991, n° 89-19.542, Bull. civ. n° 316; JCP 1992. I. 3617, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; Com. 2 mars 1993, n° 90-21.025, Bull. civ. IV, n° 80 ; D. 1993, somm. 310, obs. L. Aynès.

¹⁵¹⁴ Com. 13 avr. 1999, n° 97-12.087, Bull. civ. n° 84; JCP G 1998, I, n° 43, obs. M. Cabrillac; RTD com. 1999, p. 973, obs. A. Martin-Serf.

¹⁵¹⁵ V. *supra* n° 126 s.; V. également en ce sens A. Honorat, comm. D. 2000, p. 99.

¹⁵¹⁶ J.J. Fraimont, La caution exerçant ses recours, Gaz. Pal. 2000, n° 260, p. 13 (à propos du sous-cautionnement en matière bancaire).

¹⁵¹⁷ Com. 2 oct. 1985, JCP 1986, II, 20619, note Ph. Simler : la caution *solvens* peut demander à la sous-caution tout ce qu'elle pourrait demander au débiteur principal ; Com. 24 mars 1980, Bull. civ. IV, n° 141 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 354 : la jurisprudence interdit à la caution *solvens* d'exercer un recours anticipé contre la sous caution.

¹⁵¹⁸ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 355.

¹⁵¹⁹ A. Honorat, comm. ss. Com. 20 mai 1997, D. 2000, p. 99.

procédure collective ouverte à l'égard du débiteur principal, peu importe l'avantage que le défaut de déclaration aurait pu procurer à la sous-caution. Ce grief de la sous-caution semble encore moins opportun aujourd'hui dans la mesure où la sanction du défaut de déclaration ne consiste plus en l'extinction de la créance non déclarée, mais en une simple inopposabilité¹⁵²⁰ qui ne libère pas la caution, encore moins la sous-caution.

1148. Cependant, le défaut de déclaration de la créance de remboursement fait perdre à la caution *solvens* son recours personnel¹⁵²¹ contre le débiteur. Il en est de même de son recours personnel contre la sous-caution¹⁵²², peu importe que le créancier initial ait déclaré sa créance ou non dans la mesure où la sous-caution garantit le paiement de la créance de remboursement de la caution *solvens* à l'égard du débiteur principal et non celle du créancier à l'égard du débiteur¹⁵²³. Par conséquent, comme tout créancier antérieur, la caution *solvens* a l'obligation de déclarer sa créance dans la procédure du débiteur afin de préserver l'efficacité ultérieure de son recours en remboursement contre la sous-caution.

1149. Pour autant, il convient de relever que le paiement de la caution *solvens* doit avoir été effectué durant le délai de déclaration, car dans le cas contraire elle serait dans la même situation qu'un créancier forclos. Autrement dit, elle ne pourrait pas se prévaloir de sa créance non déclarée auprès du débiteur principal¹⁵²⁴ alors qu'il en irait autrement de son recours personnel contre la sous-caution.

1150. Dans la première hypothèse, on peut supposer que la caution susceptible de procéder au paiement de la dette du débiteur principal décide de préserver en amont son recours personnel contre la sous caution avant l'expiration du délai de déclaration de créance. Dès lors, elle devra procéder à la déclaration de sa créance de remboursement, au demeurant jugée antérieure à l'ouverture de la procédure¹⁵²⁵, avant paiement de sorte que la Cour de cassation considère

¹⁵²⁰ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 800 s.

¹⁵²¹ Com. 30 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 71; Com. 16 juin 2007, Bull. civ. I, n° 1; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 356.

¹⁵²² Civ. 1ère, 7 mai 2002, RTD com. 2003, p. 165, obs. A. Martin-Serf.

¹⁵²³ V. en ce sens Com. 27 mai 2008, Bull. civ. IV, n° 106 : cet arrêt est la parfaite illustration de l'absence de lien direct entre la sous-caution et le créancier initial : la sous caution ne peut se prévaloir des exceptions qui résultent de la relation contractuelle entre le créancier initial et le débiteur principal. En l'espèce, la sous caution ne pouvait se prévaloir de la rupture du contrat principal pour se soustraire à son engagement.

¹⁵²⁴ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 797 s.

¹⁵²⁵ V. *supra* n° 1145 s.

généralement que cet acte préventif ne saurait être utilisé contre la caution¹⁵²⁶. Cette déclaration ne constitue pas en réalité une action en paiement, mais une mesure conservatoire visant à préserver l'efficacité du recours en remboursement de la caution après son paiement éventuel. De plus, cette même Cour décide que la caution ne peut se prévaloir de la déclaration de créance du créancier *accipiens* pour exercer son recours personnel contre la sous-caution¹⁵²⁷. Cela s'explique logiquement par la finalité de la sous-caution¹⁵²⁸.

1151. Quant à la seconde, il convient de nuancer cette dernière approche qui subordonne l'exercice du recours en remboursement de la caution *solvens* contre la sous-caution à la déclaration de sa créance car elle repose sur l'extinction de la créance non déclarée. Sanction jadis applicable en droit français et en droit OHADA. Désormais, à partir du moment où la créance non déclarée n'est plus éteinte, elle reste opposable à la caution et par ricochet à la sous-caution de sorte que la déclaration de la créance de remboursement n'est pas nécessaire au recours personnel de la caution *solvens* contre la sous-caution¹⁵²⁹. Par conséquent, la caution qui a payé après le délai de déclaration ou de production de créance conservera la plénitude de son recours personnel contre la sous-caution, contrairement à son recours contre le débiteur principal¹⁵³⁰.

1152. Pour justifier cette solution un auteur observe à juste titre que cette « solution s'explique par le souci de la Cour de cassation de ne pas autoriser un paiement de la sous-caution qui ne pourrait être remboursé. En effet, si la créance de la caution contre le débiteur principal n'est pas déclarée, la sous-caution ne peut pas se retourner contre ce dernier sur le fondement d'une subrogation personnelle (...) Faute de pouvoir être subrogée aux droits du créancier initial, la sous-caution est donc protégée »¹⁵³¹ lorsque la caution *solvens* n'a pas déclaré sa créance de remboursement. Néanmoins, si le recours personnel de la caution *solvens* contre le débiteur

¹⁵²⁶ Com. 19 juin 1984, Bull. civ. IV, n° 198 : la déclaration de créance avant paiement ne saurait être utilisée contre la caution, sa finalité qui est de diminuer le risque d'absence de remboursement par le débiteur.

¹⁵²⁷ Com. 20 mars 2005, n° 20-20733, Bull. civ. IV, n° 71.

¹⁵²⁸ Com. 16 janv. 2007, n° 05-19.902; D. 2007, p. 499, obs. V. Avena-Robardet; JCP 2007. I. 158, n° 11, obs. Ph. Simler : cet arrêt résume parfaitement cette idée à travers le principe selon lequel la sous-caution ne couvre que le recours personnel de la caution, elle ne couvre nullement le recours subrogatoire ; V. également en ce sens N. Martial-Braz, Les recours de la caution au cœur de la tempête ! *op. cit.* n° 17.

¹⁵²⁹ A. Provansal, Procédure collective et sûretés personnelles : l'exécution contre les cautions, les coobligés et garants autonomes des débiteurs en procédure collective, *op. cit.* p. 7.

¹⁵³⁰ V. *supra* n° 1141 s.

¹⁵³¹ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 1131.

principal est soumis à la déclaration de la créance de remboursement, son recours subrogatoire le sera-t-il également ?

B. La soumission de l'efficacité du recours subrogatoire de la caution *solvens* à la déclaration de créance du créancier

1153. Comme à l'égard du débiteur, la caution *solvens* dispose du recours personnel et du recours subrogatoire à l'égard des autres personnes qui ont cautionné le même débiteur pour la même fraction de la dette solidairement ou conjointement¹⁵³². Par la subrogation, la caution *solvens* peut se prévaloir de la déclaration de créance effectuée par le créancier initial lorsque son paiement est intervenu après l'ouverture de la procédure collective. En ce sens, la caution *solvens* n'aura pas à procéder à une nouvelle déclaration de cette même créance¹⁵³³. C'est ainsi que la jurisprudence précise que « la caution *solvens* qui a payé après l'ouverture de la procédure collective du débiteur principal n'est pas tenue de déclarer sa créance subrogatoire lorsque le créancier a lui-même, avant paiement, déclaré sa créance, peu important que le paiement ait eu lieu avant l'expiration du délai légal de déclaration »¹⁵³⁴. La déclaration de créance du créancier initial dispense alors la caution *solvens* d'une déclaration supplémentaire¹⁵³⁵ car une fois le paiement par la caution effectué celle-ci est subrogée aux droits et procédures du créancier initial¹⁵³⁶.

1154. Cependant, la situation semble être différente lorsque la caution *solvens* est susceptible d'exercer son recours contre les autres personnes qui ont cautionné le même débiteur pour la même fraction de la dette solidairement ou conjointement. Dans cette hypothèse, la jurisprudence considère que la caution qui a payé n'est pas tenue de déclarer sa créance à la procédure collective du débiteur pour pouvoir agir contre les cofidélus¹⁵³⁷. Cette solution se justifie par le fait que les cofidélus auraient pu, au même titre que la caution *solvens*, déclarer celle-ci. L'absence de déclaration de créance d'un cofidélus ne doit donc être considérée comme une

¹⁵³² Y. Picod, *op. cit.* n° 97; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 346 ; A.S. Barthez, *op. cit.* n° 903.

¹⁵³³ *Contra* : Com. 29 oct. 1991, n° 89-19.542 ; Bull. civ. IV, n° 316; JCP 1992, I, 3617, obs; M. Cabrillac et Ph. Pétel; Com. 2 mars 1993, n° 90-21.025, Bull. civ. IV, n° 80; D. 1993, somm. 310, obs. L. Aynès : la caution doit déclarer son recours personnel pour pouvoir participer aux répartitions.

¹⁵³⁴ Com. 22 sept. 2009, n° 08-20.175, RTD com. 2010, p. 609, obs. A. Martin-Serf.

¹⁵³⁵ Com. 12 mai 2009, n° 08-13.430, D. 2009, p. 2459 : « Mais attendu, d'une part, qu'après le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif, la caution qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci soit en exerçant un recours subrogatoire sous réserve que le créancier ait déclaré sa créance ».

¹⁵³⁶ L. Bougerol et G. Mégret, *op. cit.* n° 248.

¹⁵³⁷ Com. 5 nov. 2003, n° 00-17.442; Bull. civ. IV, n° 158; RJDA 3 avr., n° 365.

négligence qui prive la caution *solvens* de son recours¹⁵³⁸. De plus, l'absence de déclaration n'éteint plus la créance, le cofidélus ne peut, comme le débiteur principal, opposer à la caution le défaut de sa déclaration de créance.

1155. En tout état de cause, la Cour de cassation et la doctrine¹⁵³⁹ ne manquent pas de souligner, qu'il est judicieux pour la caution, a fortiori *solvens*, de veiller à la sauvegarde de son recours par la déclaration préventive de sa créance¹⁵⁴⁰. La déclaration de créance est ici plus une mesure de sauvegarde d'une créance éventuelle ou virtuelle, qu'une mesure de simple organisation de la procédure collective ou de connaissance du passif du débiteur en difficulté.

1156. En effet, il est communément admis que le recours avant paiement¹⁵⁴¹ peut s'effectuer, dans le cadre des procédures collectives, sous la forme d'une déclaration de créance¹⁵⁴². Celle-ci est d'autant plus importante que la caution qui a payé ne pourra reprendre ses poursuites contre le débiteur dans l'hypothèse d'une clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif si elle n'a pas procédé à la déclaration de sa créance. La déclaration de la créance de remboursement de la caution avant ou après le paiement de celle-ci relève de la préservation de l'efficacité du recouvrement de sa créance à l'instar de certains mécanismes juridiques du droit commun.

Paragraphe 2. L'opportunité des mécanismes du droit commun

1157. Le créancier dont la créance est exigible et non prescrite peut demander le paiement qui lui est dû. A défaut de paiement, il peut valablement saisir le juge pour solliciter le recouvrement de sa créance. Dans le cadre des procédures collectives, la procédure de vérification des créances permet de vérifier l'existence, la nature et le montant de chacune des créances déclarées. La caution sollicitée veillera à ne pas payer le créancier sans en aviser le débiteur au risque de voir son recours paralysé en cas de paiement effectué antérieurement par le débiteur principal lui-même. En revanche, dans la mesure où il est impératif pour la caution *solvens* de préserver son droit de créance, afin de ne pas être plus durement traitée que le débiteur principal, elle doit veiller à l'exercer avant l'échéance du délai de prescription sous peine de perdre son recours (A). Néanmoins, cette condition ne suffirait pas à elle seule pour permettre à la caution de recouvrer

¹⁵³⁸ M. Bourassin et V. Brémont, *op. cit.* n° 685.

¹⁵³⁹ A. Martin-Serf, *comm. ss. Civ. 1^{ère}*, 7 mai 2002, n° RTD com. 2003, p. 165.

¹⁵⁴⁰ A. Martin-Serf, *comm. ss. Com.* 22 sept. 2009, *préc. supra* note 1541.

¹⁵⁴¹ Art. 2309 C. civ. (anc. art. 2032).

¹⁵⁴² V. en ce sens C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 771 ; M. Bourassin et V. Brémont, *op. cit.* n° 342.

efficacement sa créance de remboursement, elle pourrait rechercher comme souvent à engager la responsabilité pour faute du créancier dans des conditions très strictes que la jurisprudence précise (B).

A. L'exercice du recours dans les limites du délai de prescription

1158. La Cour de cassation décide que le recours en remboursement d'une caution professionnelle se prescrit par deux ans¹⁵⁴³. Autrement dit, la qualité de professionnel est généralement reconnue à la caution personne morale, c'est-à-dire aux banques qui consentent des cautionnements rémunérés et qui doivent exercer leur recours en remboursement dans un délai de deux ans sous peine d'en être déchu. On peut dès lors déduire de cette solution jurisprudentielle, prise en matière de droit de la consommation et que certains auteurs contestent¹⁵⁴⁴, que cette prescription biennale ne s'applique pas aux cautions non professionnelles, généralement personne physique.

1159. Elles sont souvent considérées comme des cautions profanes dans le sens où elles ne disposent pas de la compétence juridique nécessaire pour connaître les délais de prescription de leurs actions, et donc pour veiller à leur respect. C'est tout le contraire des cautions professionnelles telles que les banques qui généralement disposent en leur sein des services juridiques ou contentieux et plus particulièrement des juristes spécialisés dans la veille juridique, législative ou jurisprudentielle. Toutes ces compétences leur permettent de veiller au quotidien au respect des conditions légales de recouvrement de leurs créances. Pour ces raisons, on peut logiquement comprendre que le délai de prescription de la caution professionnelle soit plus bref que le délai de la caution dite profane¹⁵⁴⁵.

1160. Cependant, pour la caution personne physique, on songerait au délai de droit commun qui est désormais de cinq ans¹⁵⁴⁶, depuis l'entrée en vigueur de la loi 2008-561 du 17 juin 2008

¹⁵⁴³ Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, n° 15-12.494 ; Gaz. Pal. 13 sept. 2016, n° 31, p. 26, obs. S. Piedelièvre ; RD banc. et fin. 1 mai 2016, n° 05, p. 3, obs. M. Mignot : « l'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans » conformément à l'article L. 218-2 du C. consom. (anc. art. L. 137-2) ; V. également Civ. 1^{ère} 17 mars 2016, Gaz. Pal. 7 juin 2016, n° 266, p. 69, obs. M. Bourassin.

¹⁵⁴⁴ M. Mignot, comm. ss. Civ. 1^{ère}, 17 mars 2016, RD banc. et fin. 2016, n° 05, p. 3.

¹⁵⁴⁵ En droit commun des obligations, il est généralement considéré que le cocontractant dit profane est celui qui a la protection du législateur car il est considéré comme la partie faible au contrat par rapport au cocontractant professionnel. La caution profane profite de ce principe.

¹⁵⁴⁶ Art. 2224 C. civ.

portant réforme de la prescription en matière civile¹⁵⁴⁷. Cette prescription de droit commun¹⁵⁴⁸ est celle qu'il est convenu d'appliquer au recours en remboursement de la caution personne physique de sorte qu'elle dispose de cinq ans pour poursuivre non seulement le débiteur, mais aussi les codébiteurs et garants s'ils sont solvables¹⁵⁴⁹. Il en est de même de ses poursuites contre le créancier initial en cas de répétition de l'indu¹⁵⁵⁰. En cas de respect de ce délai, la caution *solvens* maintiendrait ses chances de recouvrement de sa créance.

1161. Une difficulté subsiste toutefois, née de la confrontation du cours de ce délai à la discipline collective, protectrice du débiteur. La problématique est de savoir si le délai de prescription est interrompu, suspendu, ou s'il suit son cours, après le jugement d'ouverture de la procédure collective envisagée, comme la question a pu se poser pour la procédure d'obtention d'un titre exécutoire¹⁵⁵¹.

1162. De prime abord, il convient d'observer que la réponse à cette problématique permet de mettre en exergue l'importance de la procédure de déclaration de créance et de son admission au passif du débiteur principal dans le processus de recouvrement de la créance de remboursement que la caution *solvens* détient sur le débiteur principal et sur ses codébiteur et garants¹⁵⁵². En effet, la solution consacrée par la jurisprudence française consiste à interrompre le délai de prescription biennal ou quinquennal à condition que la créance en remboursement ait fait l'objet d'une déclaration au passif du débiteur¹⁵⁵³. Cette solution n'est pas sans conséquence, car elle fait peser sur la caution *solvens*, surtout la caution personne morale, le risque de perdre définitivement son recours récursoire en cas de négligence.

1163. Par ailleurs, cette interruption du délai de prescription paraît logique dans la mesure où l'article 2241 du code civil détermine l'action en justice comme une cause d'interruption du délai de prescription. Or, comme précédemment indiqué, la déclaration de créance constitue une action

¹⁵⁴⁷ L. n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n° 0141 du 18 juin 2008, p. 9856.

¹⁵⁴⁸ Ph. Malaury, L. Aynès et Ph. Stoffle-Muck, *op. cit.* n° 1210.

¹⁵⁴⁹ Il convient de noter qu'il est toujours possible pour la caution de prendre des mesures conservatoires contre l'un de ses débiteurs en cas d'insolvabilité de ces derniers.

¹⁵⁵⁰ H. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1042.

¹⁵⁵¹ V. *supra* n° 393 s.

¹⁵⁵² Cas de la sous-caution qui ne peut être poursuivie par la caution *solvens* que si cette dernière a déclaré sa créance.

¹⁵⁵³ Com. 12 déc. 1995, Bull. civ. IV, n° 299; 15 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 63; D. 2005, AJ 1286, obs. A. Lienhard; 26 sept. 2006, Bull. civ. IV, n° 190; D. 2006, AJ 2460, obs. A. Lienhard; JCP 2007. I. 113, n° 10, obs. M. Cabrillac : l'interruption du délai de prescription joue à l'égard de la caution.

en justice¹⁵⁵⁴ par laquelle le créancier, y compris la caution *solvens*¹⁵⁵⁵, manifeste sa volonté de recouvrer sa créance. Ou encore, comme semble l'indiquer certains auteurs, l'« acte démontrant que malgré l'écoulement du temps le créancier n'entend pas abandonner son droit »¹⁵⁵⁶. Par conséquent, en application des dispositions de l'article 2241 du code civil, le délai de prescription du recours en remboursement de la caution qui a payé contre le débiteur ou contre la sous-caution est interrompu à compter de sa déclaration de créance¹⁵⁵⁷.

1164. En réalité, l'interruption du délai de prescription dans le cadre du droit des procédures collectives est avantageuse pour la caution *solvens* car, contrairement à la notion de suspension¹⁵⁵⁸, l'interruption¹⁵⁵⁹ efface le délai déjà couru et fait courir un délai de même durée que l'ancien. Autrement dit, l'interruption du délai de prescription du recours de la caution *solvens* aura pour effet de prolonger celui-ci d'une nouvelle durée. Il est donc impératif et judicieux pour la caution qui a payé de veiller en amont à la déclaration de sa créance de remboursement lorsqu'elle le peut. Certes, la prescription extinctive ne semble pas éteindre la créance de remboursement dans la mesure où le débiteur peut toujours exécuter son engagement malgré la prescription¹⁵⁶⁰, il n'en demeure pas moins que la prescription éteint le droit de contrainte du créancier et par ricochet le recours en remboursement de la caution *solvens*. Le débiteur ne paiera que s'il le veut¹⁵⁶¹, de sorte que son obligation est alors envisagée comme une obligation naturelle.

1165. Par ailleurs, la jurisprudence semble avoir élargi la portée de cette interruption dans la mesure où elle décide que la décision qui annule l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ne prive pas la déclaration de créance de son effet interruptif¹⁵⁶². En d'autres termes, l'interruption du délai de prescription acquise par la déclaration de créance de la caution est

¹⁵⁵⁴ V. *supra* n° 136

¹⁵⁵⁵ M. Cabrillac, comm. ss. Com. 26 sept. 2006, préc. *supra* note 1553.

¹⁵⁵⁶ Ph. Malaury, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1217.

¹⁵⁵⁷ Com. 12 déc. 1995, préc. *supra* n° 1556; 27 fév. 2007, Bull. civ. IV, n° 71 ; Civ. 1ère, 28 nov. 1995, Bull. civ. I, n° 440; 23 mars 1999, Bull. civ. I, n° 109; 5 déc. 2000, Bull. civ. I, n° 316; en matière de redressement judiciaire civil, la déclaration par un créancier du montant des sommes qui lui sont dues, laquelle équivaut à une demande en paiement, interrompt le délai de prescription de l'article L. 311-17 C. consom.

¹⁵⁵⁸ Art. 2230 C. civ. : la suspension du délai de prescription signifie que le cours du délai entamé est temporairement arrêté, il reprendra à la fin de la suspension c'est-à-dire lorsque la cause de la suspension aura disparue ; V. également Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1219, p. 714.

¹⁵⁵⁹ Art. 2231 C. civ. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1216

¹⁵⁶⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1227.

¹⁵⁶¹ Art. 2249 C. civ. : rien n'interdit au débiteur de payer le créancier après l'expiration du délai de prescription.

¹⁵⁶² Com. 27 janv. 2015, n° 13-20.463; Bull. civ. IV, n° 9.

définitive quelle que soit l'issue de la procédure collective dans laquelle la déclaration est effectuée. Seule cette issue peut mettre fin à l'interruption de la prescription conformément à l'article 2242 du code civil. En revanche, l'interruption doit être maintenue tant que sa cause, c'est-à-dire la déclaration de créance, n'est pas remise en question¹⁵⁶³, car il est généralement admis, au-delà des causes légales d'anéantissement de l'interruption¹⁵⁶⁴, que seule l'extinction de l'instance met fin à l'interruption.

1166. Plusieurs solutions jurisprudentielles, dont les plus importantes seront ici citées, permettent de renforcer cette conviction. Par exemple, en cas de conversion de la procédure de redressement judiciaire en liquidation judiciaire ou en liquidation des biens, l'interruption acquise dans la procédure initiale sera prolongée dans la seconde dans la mesure où la créance admise dans celle-ci est admise de droit dans la seconde procédure. Le maintien de la déclaration de créance dans la procédure initiale et celle secondaire justifie le prolongement de l'interruption. Il a même jadis été jugé que, l'absence de vérification des créances, ne saurait remettre en cause l'effet interruptif de la déclaration de créance¹⁵⁶⁵.

B. La mise en œuvre de la responsabilité pour faute du créancier

1167. En droit commun du cautionnement, l'application de l'article 2036¹⁵⁶⁶ du code civil, visant le recours subrogatoire, permet à la caution *solvens* de se prévaloir des prérogatives que le créancier *accipiens* aurait pu opposer au débiteur principal, mais aussi, au cas où il y en aurait, aux codébiteurs et autres garants, notamment les cofidélus. Il revient ainsi au créancier, même si le législateur ne le précise pas, de veiller à la préservation de ces avantages et droits comme le précise l'article 2314¹⁵⁶⁷ du même code. A ce titre, il y a lieu d'observer que si le créancier a un devoir de protection du recours de la caution *solvens*, il a aussi un devoir de loyauté, lequel se traduit par un devoir d'information de la caution¹⁵⁶⁸. Dès lors, tout manquement à ces devoirs est de nature à décharger la caution de son obligation de paiement, de sorte que

¹⁵⁶³ Civ. 1ère, 23 mars 1999, Bull. civ. I, n° 109 : l'effet interruptif résultant de la déclaration de créance dans le cadre du redressement judiciaire se prolonge jusqu'à ce qu'une décision irrévocable ait été rendu sur la vérification des créances.

¹⁵⁶⁴ Art. 2243 C. civ.

¹⁵⁶⁵ Com. 15 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 63; D. 2005, AJ 1286, obs. A. Lienhard.

¹⁵⁶⁶ Art. 2306 C. civ. (anc. art. 2029).

¹⁵⁶⁷ Art. 2314 C. civ. (anc. Art.2037).

¹⁵⁶⁸ Art. 24 AUS (anc. art. 14).

celle qui a payé est investi du droit de poursuite du créancier en répétition de l'indu¹⁵⁶⁹ conformément à l'article 1302-2 du code civil¹⁵⁷⁰. Deux situations doivent être distinguées, d'une part la décharge de la caution peut être obtenue en cas d'établissement d'un lien de causalité entre la faute du créancier et le préjudice de la caution, ce qui lui permet, par la répétition de l'indu, de recouvrer sa créance même si dans la pratique se recouvrement se révèle insuffisant (I), d'autre part, sans être déchargée de son engagement, la caution peut obtenir le paiement limité d'une indemnité compensatrice, en cas de défaut d'information du créancier, ce qui est le moindre mal (II).

I. Le recouvrement dans l'hypothèse d'une faute préjudiciable du créancier

1168. Conformément à l'article 2314¹⁵⁷¹ du code civil français, et à l'article 29 alinéas 2 et 3¹⁵⁷² de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, la caution peut être libérée de son obligation de paiement lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce dernier, s'opérer en sa faveur, toute clause contraire étant nulle. Autrement dit, si le bénéfice de subrogation, qui permet à la caution *solvens* de recouvrer sa créance de remboursement, se trouve réduit ou rendu impossible¹⁵⁷³ par l'action ou l'inaction coupable du créancier¹⁵⁷⁴, la caution se trouve alors libérée de son engagement.

1169. Dans le cadre du droit des procédures collectives, le préjudice de la caution doit être précisé, qui lui permettra de se prévaloir de l'article 2314 du code civil ou de l'article 29 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Si en droit commun la jurisprudence précise que ce droit du créancier *accipiens* dont la caution aurait pu se prévaloir doit être préférentiel en ce qu'il procurerait à celle-ci un avantage, cela correspond notamment au droit de la caution *solvens* d'être admise dans les répartitions et les dividendes. Or, la caution ne peut en prétendre à ce droit

¹⁵⁶⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1042 s.

¹⁵⁷⁰ Art. 1302-2 C. civ. (anc. art. 1377).

¹⁵⁷¹ Art. 2314 C. civ. (anc. Art. 2037).

¹⁵⁷² Art. 29 al. 2 et 3 AUS (anc. Art. 18 al. 2 et 3)

¹⁵⁷³ Com. 3 mai 2006, n° 04-17.283 et 04-17.396 : JurisData n° 2006-033319: décharge de la caution en cas de perte d'un droit exclusif conférant un avantage particulier au créancier dans l'optique du recouvrement de sa créance.

¹⁵⁷⁴ Civ. 1^{ère}, 22 mai 2002, Bull. civ. IV, n° 133 (omission du créancier d'accomplir un acte qui aurait permis de conserver une sûreté) ; Com. 3 mai 2006, préc. *supra* note 1579 (le créancier s'abstient, alors que l'acte de prêt le prévoyait, de réaliser la cession conditionnelle des loyers dus à l'emprunteur, en cas de défaut de paiement d'une seule échéance du débiteur).

lorsque le créancier initial a omis de déclarer sa créance¹⁵⁷⁵ ou l'a fait au-delà du délai légal de déclaration¹⁵⁷⁶.

1170. Toutefois, il y a lieu d'observer que la faute du créancier n'implique pas systématiquement le remboursement de la caution *solvens*. En effet, le préjudice de la caution doit être constaté de sorte que le seul défaut de déclaration de créance, bien que fautif, ne suffirait pas à décharger la caution *solvens* de son engagement et par ricochet à lui permettre de poursuivre le créancier *accipiens* en répétition de l'indu conformément à l'article 1302 du code civil¹⁵⁷⁷. La caution qui a payé, et n'a subi aucun préjudice, ne peut se prévaloir de l'exception de subrogation pour recouvrer sa créance de remboursement¹⁵⁷⁸. En revanche, il ne reviendra pas à la caution de prouver qu'elle a subi un préjudice, mais au créancier de rapporter la preuve de l'absence de préjudice de la caution ou encore que sa faute n'aurait causé aucun préjudice à la caution¹⁵⁷⁹. Par conséquent, la caution *solvens* perdrait sa créance de remboursement si le créancier venait à établir que la subrogation devenue impossible, suite à sa forclusion, n'aurait pas été efficace¹⁵⁸⁰.

1171. Ce renversement de la charge de la preuve du préjudice est de nature à protéger la caution *solvens* dans son engagement, mais aussi sa créance de remboursement. Le créancier semble avoir l'obligation de veiller à ce que la caution ne les perde pas par sa faute. Il a, comme le soutiennent certains auteurs¹⁵⁸¹, une sorte d'obligation de bonne subrogation et une obligation de

¹⁵⁷⁵ Art. L. 622-26 C. com.

¹⁵⁷⁶ Com. 19 fév. 2013, Bull. civ. IV, n° 26 ; D. 2013. 565, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 1706, obs. P. Crocq ; RTD civ. 2013, 416, obs. P. Crocq ; RTD com. 2013, 346, obs. A. Martin-Serf ; *ibid.* 573, obs. D. Legeais ; 12 juill. 2011, Bull. civ. IV, n° 118 ; D. 2011, Actu. 2894, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2012, n° 1573, obs. P. Crocq ; RTD com. 2011, n° 625, obs. D. Legeais ; Gaz. Pal. 2011, 1740, obs. P.M. Le Corre.

¹⁵⁷⁷ Art. 1302 C. civ. (anc. Art. 1235 al. 1).

¹⁵⁷⁸ Civ. 1ère, 24 oct. 2006, Bull. civ. I, n° 436 ; D. 2006, AJ 2908, obs. V. Avena-Robardet ; Com. 25 nov. 2008, Bull. civ. IV, n° 198 ; D. 2009, AJ 15, V. Avena-Robardet.

¹⁵⁷⁹ Com. 13 mai 2003, Bull. civ. IV, n° 73, p. 83 : « il appartient à la banque (créancier) de prouver que la subrogation n'aurait rapporté aucun avantage à la caution » ; Com. 27 fév. 1996, Bull. civ. IV, n° 68 ; D. 1996, somm. 269, obs. L. Aynès ; RTD civ. 1996, 439, obs. P. Crocq (il revient au créancier, pour ne pas encourir la déchéance de ses droits contre la caution, d'établir que la subrogation qui est devenue impossible par sa négligence n'aurait pas été efficace) ; Com. 3 nov. 1975, JCP 1978, II, 18891, note Ph. Simler (étant établi que le créancier a négligé de faire le nécessaire pour conserver un nantissement, les juges du fond ne renversent pas la charge de la preuve en retenant que le créancier ne fournit aucun élément permettant d'affirmer, ainsi qu'il le soutenait, que les biens nantis n'avaient pas une valeur suffisante pour couvrir les cautions les sommes qu'elles seraient appelées à décaisser si elles devaient lui régler la dette).

¹⁵⁸⁰ Civ. 1ère, 3 juill. 2013, Bull. civ. I, n° 144 ; D. 2013. 1741.

¹⁵⁸¹ P. Ancel, Le cautionnement des dettes de l'entreprise, D. 1989, n° 103, p. 194 et 195 ; H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.* p. 77 ; *contra* : Ph. Simler, *op. cit.* n° 5, p. 11 ; M. Cabrillac et Ch. Mouly, *op. cit.* note 27, n° 259 ; Ch. Mouly, Les causes extinction du cautionnement, *op. cit.* note 22, n° 427 s. : le Professeur Mouly, refuse d'y voir une obligation. Pour lui, il s'agit plutôt d'une déchéance légale en vue de protéger

bonne foi¹⁵⁸² en ce sens que le créancier ne doit pas modifier le processus d'exécution normale et attendue du cautionnement¹⁵⁸³. La caution exécute son engagement, non pour s'appauvrir, mais, parce qu'elle sait et s'attend à recouvrer les sommes dépensées après son paiement grâce à son recours en remboursement, lequel ne peut être dissocié de la finalité du cautionnement¹⁵⁸⁴.

1172. Aussi, on peut être tenté d'interpréter ce renversement de la charge de la preuve comme une sorte de présomption du préjudice de la caution en cas de faute constatée du créancier, d'autant plus qu'il revient à la caution de rapporter la preuve que la perte du bénéfice de subrogation est exclusivement imputable au créancier¹⁵⁸⁵. On considère qu'à partir du moment où la caution a établi la faute exclusive du créancier, ce qui au demeurant ne va pas de soi, et peut être complexe lorsque la caution est profane, il revient à ce dernier de rapporter à son tour la preuve de la bonne exécution de son obligation.

1173. Si cette solution est antérieure à la loi de sauvegarde, elle a été confirmée par un arrêt de rejet de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 janvier 2012¹⁵⁸⁶. Dans cet arrêt, les Hauts magistrats rappellent que c'est « à la banque de prouver que la perte alléguée du droit préférentiel dont se plaint la caution, du fait du retard dans la constitution du nantissement, n'a causé aucun préjudice à celle-ci ». Dès lors, l'existence du préjudice de la caution engage le juge qui ne peut se contenter de retenir la faute du créancier pour libérer la caution et rendre caduc la cause de son paiement. En ce sens, la première chambre civile de la Cour de cassation sanctionne les juges du fond qui décident de libérer la caution en raison de la négligence du créancier qui n'avait pas exigé le remboursement de sa créance à son terme empêchant la caution de produire en temps utile à la liquidation des biens du débiteur, sans rechercher si cette caution aurait pu tirer profit effectif des droits susceptibles de lui être transmis par subrogation¹⁵⁸⁷.

préventivement la caution, pour des raisons d'équité, lorsque le créancier contrevient à son devoir de bonne foi qui est rendu plus sévère par l'existence des droits subrogatoires (v. p. 540 s.).

¹⁵⁸² Art. 1104 C. civ. ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 162.

¹⁵⁸³ V. en ce sens D. Houtcieff, Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution, RTD civ. 2006, note 39, p. 201 et 202.

¹⁵⁸⁴ V. *supra* n° 50 s. : la finalité du cautionnement ne consiste pas seulement dans le paiement de l'obligation du débiteur principal, elle s'étend également à la possibilité pour la caution de recouvrer les sommes par elle dépensées pour libérer le débiteur de son engagement à l'égard du créancier *accipiens*.

¹⁵⁸⁵ Com. 13 sept. 2011, RJDA 2012, n° 1, p. 75.

¹⁵⁸⁶ Com. 10 janv. 2012, n° 10-28.113.

¹⁵⁸⁷ Civ. 1^{ère}, 25 juin 1980, Bull. civ. I, n° 197.

1174. Par ailleurs, la décharge de la caution dans ces conditions est à due concurrence de la valeur des droits dont elle aurait pu se prévaloir dans le cadre de la subrogation¹⁵⁸⁸. Cette valeur, qui au demeurant s'apprécie à la dette d'exigibilité de l'obligation de la caution¹⁵⁸⁹, ne peut être supérieure aux droits du créancier accipiens sur le débiteur principal. Néanmoins, il y a lieu de relever que la décharge de la caution peut avoir lieu alors qu'elle n'a pas encore payé notamment si le délai de déclaration a expiré, car dans le cas contraire il lui appartiendra de procéder elle-même à la déclaration de sa créance de remboursement comme tout créancier antérieur¹⁵⁹⁰. Elle ne pourra alors se prévaloir de l'exception de subrogation à moins qu'elle n'ait procédé à un paiement après le délai de déclaration.

1175. Au-delà de la privation de la participation aux répartitions et du paiement des dividendes, la caution peut également être privée de son droit préférentiel dans le contexte de l'attribution judiciaire du gage prévu par l'article L. 622-21 alinéa 3 du code de commerce. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation décide que si l'attribution judiciaire du gage n'est qu'une faculté pour le créancier, ce dernier, lorsqu'il est garanti par un cautionnement, commet une faute au sens de l'article 2037 si, en s'abstenant de demander cette attribution, il prive la caution d'un droit qui pouvait lui profiter¹⁵⁹¹.

II. Défaut d'information et sanctions

1176. En droit commun, il existe, de la part du législateur, une réelle volonté d'obliger le créancier à apporter à la caution à toutes les étapes de la vie du contrat du cautionnement une information utile et adaptée à son engagement dans l'optique d'une meilleure exécution de son obligation. Dans ce sens qu'on constate l'existence de diverses obligations légales d'information de la caution à la charge du créancier¹⁵⁹². Toutes celles-ci ont pour but non seulement d'amener la

¹⁵⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 9 mai 1994, Bull. civ. I, n° 169; RTD civ. 1994. 906, obs. M. Bandrac; Civ. 1^{ère}, 15 déc. 1998, Bull. civ. I, n° 361; D. 2000, n° 215, note Boujeka; Civ. 1^{ère} 12 fév. 2002, Bull. civ. I, n° 51; D. 2002, AJ 1274; *ibid.* somm. 3336, obs. L. Aynès.

¹⁵⁸⁹ Civ. 1^{ère}, 24 fév. 1987, Bull. civ. I, n° 64; D. 1987, somm. 451, obs. L. Aynès; Com. 5 juill. 2005, Bull. civ. IV, n° 151 : la valeur du droit pouvant être transmis par subrogation s'apprécie à la date de la défaillance du débiteur principal en cas d'échéance impayée.

¹⁵⁹⁰ V. *supra* n° 122

¹⁵⁹¹ Com. 13 mai 2003, Bull. civ. IV, n° 73; D. 2003, AJ 1629, obs; V. Avena-Robardet (2^e espèce); JCP 2003, I, 174, n° 15, obs. M. Cabrillac; LPA 24 nov. 2003, note D. Houtcieff.

¹⁵⁹² S. Piedelièvre, *op. cit.* n° 131 : l'auteur indique qu'il existe notamment « un foisonnement archaïque de ces obligations (d'information) » (l'auteur cite également en ce sens P. Crocq, Les développements récents de l'obligation d'information de la caution, in Mélanges M. Cabrillac, Litec 1999, p. 349).

caution à mesurer la portée de son engagement, mais également de soumettre le créancier à une obligation de vigilance permanente dans l'optique de protéger l'engagement de la caution, surtout de la caution personne physique¹⁵⁹³.

1177. L'aspect qu'il convient d'aborder est celui qui a trait à la sanction du défaut d'information non pas, en principe, à la formation du cautionnement, mais durant l'exécution de celui-ci. Or, à l'examen de celle-ci il apparaît que, si au demeurant à cette période de l'existence du cautionnement l'obligation d'information a pour objectif « d'indiquer à la caution les difficultés financières du débiteur principal et de lui rappeler l'existence de la dette garantie et de son montant »¹⁵⁹⁴, cette sanction est multiforme.

1178. Par exemple, l'article L. 314-17 du code de la consommation¹⁵⁹⁵ dispose que toute personne physique qui s'est portée caution à l'occasion d'une opération de crédit (crédit à la consommation, crédit immobilier) est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement caractérisé susceptible d'inscription au fichier national recensant les informations sur les incidents de paiement caractérisés¹⁵⁹⁶. Toutefois, si contrairement à l'ancien article L. 313-9 du code de la consommation, la nouvelle disposition introduite par l'ordonnance du 14 mars 2016¹⁵⁹⁷ n'indique pas la sanction du défaut de cette information, il semble cependant judicieux d'appliquer la sanction jusque-là retenue car la nouvelle disposition, nonobstant la variation sémantique *in fine*, n'a pas modifié l'esprit de l'ancienne disposition.

Or, cette sanction consiste à décharger la caution du paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de l'incident de paiement et la date où la caution a été informée¹⁵⁹⁸. Par conséquent, il faut en déduire que la préservation de la créance de remboursement de la caution implique une réduction de la dette de la caution du montant des pénalités et intérêts de retard. La caution qui n'a donc pas encore payé pourrait se prévaloir de la sanction du défaut d'information

¹⁵⁹³ Not. C.consom. art. L.333-1 (information sur la défaillance du débiteur) ; L.333-2 (information au plus tard le 31 mars de chaque année, sur le montant du principal, et des intérêts, commissions, frais et accessoires, restant à courir au 31 décembre de l'année précédente), Rapp. C.mon.fin. art.L.313-22.

¹⁵⁹⁴ S. Piedelièvre, *op. cit.* n° 133; Y. Picod, L'évolution de l'obligation de la caution pendant l'exécution du contrat, Mélanges Simler, D. Litec, 2006, p. 395

¹⁵⁹⁵ Art. L. 314-17 C. consom. (anc. art. L. 313-9).

¹⁵⁹⁶ Art. L. 751-1 C. consom. (anc. art. L. 333-4).

¹⁵⁹⁷ Ord. 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, JORF n° 0064 du 16 mars 2016, texte n° 29.

¹⁵⁹⁸ Anc. art. L. 313-9 C. consom. *in fine* ; V. S. Piedelièvre, *op. cit.* n° 134.

comme d'un moyen de défense lorsqu'elle est poursuivie en paiement par le créancier contrevenant. Dès lors, la question qui se pose est de savoir si la caution peut s'en prévaloir même après avoir payé.

1179. Le législateur n'apporte pas une réponse à cette question, mais on ne saurait se résoudre à penser que la caution qui constate après paiement que le créancier a en réalité manqué à son devoir d'information sur la dette garantie ne peut se défendre. C'est notamment le cas d'un créancier qui n'indique pas à la caution que le montant de la dette du débiteur principal a été réduit. La caution qui paie le créancier dans ces conditions pourrait logiquement se retourner contre ce dernier pour solliciter une décharge partielle. Elle pourrait ainsi recouvrer au moins une partie de sa créance en poursuivant le créancier *accipiens* en paiement de l'indu. En effet, à partir du moment où le créancier a reçu un paiement qu'il n'aurait pas dû recevoir, le débiteur qui a effectué ce paiement est en droit de lui réclamer la restitution des sommes indûment payées¹⁵⁹⁹, conformément à l'article 1302 alinéa 1 du code civil¹⁶⁰⁰.

1180. Ensuite, la sanction du défaut d'information peut totalement décharger la caution de son engagement, lorsque ce défaut se confond avec un manquement à l'exigence de proportionnalité¹⁶⁰¹. Ainsi, l'article L. 314-18 du code de la consommation prévoit qu'un créancier professionnel « ne peut se prévaloir d'un cautionnement d'une opération de crédit » conclu par une personne physique, dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de la caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation¹⁶⁰². La caution dont l'engagement est disproportionné au regard de son patrimoine lors de la formation du cautionnement peut-être déchargée de son engagement à l'égard du créancier¹⁶⁰³.

1181. Le lien avec l'obligation d'information à laquelle est soumis le dispensateur de crédit réside dans le fait que le caractère disproportionné de l'engagement de la caution implique d'abord une absence d'information de la part de ce dernier consécutive à sa négligence. En effet, l'exigence de proportionnalité implique que le créancier veille à ce que l'engagement de la caution généralement personne physique ne soit pas excessif. S'il constate, au cours de l'examen

¹⁵⁹⁹ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1048.

¹⁶⁰⁰ Art. 1302 al. 1 C. civ. (anc. art. 1235 al. 1).

¹⁶⁰¹ P. Crocq, Sûreté et proportionnalité, in Mél. Ph. Simler, Litec 2006, p. 291.

¹⁶⁰² Rapp. art. L.332-1 C.consom. (anc.art. L.341-4).

¹⁶⁰³ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 268 s.

de la solvabilité de la caution, que l'engagement de celle-ci est manifestement disproportionné par rapport à ses biens et revenus ¹⁶⁰⁴, le créancier est censé donner cette information à la caution¹⁶⁰⁵. L'absence de cette information est constitutive d'une faute du créancier. La banque ne devrait pas appeler la caution en garantie dès lors que le cautionnement disproportionné est privé d'effet¹⁶⁰⁶.

1182. La caution ne devrait donc pas hésiter à utiliser ce moyen de défense lorsqu'elle est appelée en garantie par le créancier car il est très efficace dans la pratique. Si la caution s'est rendu compte du caractère excessif de son paiement après avoir payé une partie de sa dette, il ne semble pas illogique de considérer qu'elle pourrait poursuivre le créancier *accipiens* en paiement de l'indu. C'est d'autant plus vrai que la négligence de la caution *solvens*, par exemple le fait de ne pas se prévaloir de ce moyen de défense avant le paiement, ne la prive pas du droit de solliciter du créancier *accipiens* la restitution des sommes perçues¹⁶⁰⁷. Néanmoins, si le caractère disproportionné du cautionnement est un des moyens de défense les plus efficaces dont dispose la caution, certains tiers garants peuvent également permettre à celle-ci de recouvrer sa créance de remboursement.

Section 2. La préservation par la mise en œuvre des recours de la caution contre le cofidéjusseur et la sous-caution

1183. La caution *solvens*, créancier chirographaire, peut perdre sa créance de remboursement, et par ricochet contribuer définitivement à la dette du débiteur principal, comme si elle en était une.

¹⁶⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 4 mai 2012, n° 11-11.461, Bull. civ. I, n° 97 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 276 (pour l'appréciation des éléments du patrimoine à prendre en compte).

¹⁶⁰⁵ Il s'agit de l'obligation de mise en garde à laquelle la jurisprudence soumet la banque. Elle signifie que la banque doit mettre la caution en garde sur l'éventuelle disproportion de son cautionnement eu égard à son patrimoine et ses revenus ; Com. 15 nov. 2017, n° 16-16.790 : « Mais attendu que la banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie lorsque, au jour de son engagement, celui-ci n'est pas adapté aux capacités financières de la caution ou s'il existe un risque d'endettement né de l'octroi du prêt garanti, lequel résulte de l'inadaptation du prêt aux capacités financières de l'emprunteur ; qu'après avoir constaté que Mme Z... n'était pas une caution avertie et retenu que l'opération était vouée à l'échec dès son lancement, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit que la banque était tenue à l'égard de Mme Z... à un devoir de mise en garde lors de la souscription de son engagement... » ; V. également en ce sens Civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n° 14-13.126, Bull. civ. I, n° 128.

¹⁶⁰⁶ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 277.

¹⁶⁰⁷ Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2010, n° 08-19.789, Bull. civ. I, n° 41 ; JCP G 2010, 685, note Y. Dagorne-Labbé : « l'absence de faute de celui qui a payé ne constitue pas une condition de mise en œuvre de l'action en répétition de l'indu, sauf à déduire le cas échéant, de la somme répétée, les dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice résultant pour l'accipiens de la faute commise par le solvens » ; V. également en ce sens Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1045.

Mais la caution *solvens*, à l'instar d'un créancier qui a garanti sa créance, dispose de recours contre d'autres tiers garants. Ces derniers pouvant être pour elle, ce qu'elle est, ou a été, pour le créancier *accipiens*. La caution *solvens* pourrait ainsi éviter le risque de son insolvabilité en mettant en œuvre son recours, soit contre ses codébiteurs c'est-à-dire les cofidélusés (Paragraphe 1), soit contre la caution de sa créance de remboursement c'est-à-dire la sous-caution (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La mise en œuvre du recours de la caution *solvens* contre les cofidélusés

1184. D'emblée, il y a lieu d'observer que le recours de la caution *solvens* contre les cofidélusés suppose que celle-ci ait payé plus que sa part¹⁶⁰⁸ et que le créancier initial ait préservé ses droits de créance à l'égard de ses autres garants. Le créancier initial ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même et la caution *solvens* ne peut réclamer aux cofidélusés que la part virile, si tous les autres garants se sont engagés de manière identique¹⁶⁰⁹, ou un montant supérieur à la mesure de son engagement¹⁶¹⁰ si, au contraire, les autres garants ont pris des engagements d'inégale importance.

1185. Dès l'ouverture de la procédure, la caution *solvens*, à l'exception de la caution personne physique dans les procédures de sauvegarde, de règlement préventif et de redressement judiciaire¹⁶¹¹, peut exercer son recours en remboursement contre les cofidélusés¹⁶¹² peu importe qu'elle ait ou non déclaré ou produit sa créance au passif du débiteur principal¹⁶¹³. L'obligation de la déclaration de créance commune au droit français et au droit OHADA n'a pas d'impact sur la sauvegarde du recours en remboursement de la caution *solvens* contre les cofidélusés, contrairement à son recours personnel contre la sous-caution¹⁶¹⁴.

¹⁶⁰⁸ Civ. 1^{ère}, 3 oct. 1995, n° 93-11.279 ; Bull. civ. I. n° 338, p. 237 ; JCP N 1997, II, 1631, note S. Piedelièvre ; Defrénois 1995, 1470, obs. L. Aynès ; A.S. Barthez et D. Houthieff, *op. cit.* n° 911 ; Y. Picod, *op. cit.* n° 98.

¹⁶⁰⁹ D. Legeais, *op. cit.* n° 317.

¹⁶¹⁰ Civ. 1^{ère}, 2 fév. 1982, n° 80-14.764 ; Bull. civ. n° 55 ; Y. Picod, *op. cit.* n° 99, p. 171.

¹⁶¹¹ V. *supra* n° 537 s. (la suspension des poursuites dans le redressement judiciaire en droit OHADA).

¹⁶¹² Art. 2309 C. civ. (anc. art. 2032).

¹⁶¹³ Com. 5 nov. 2003, Bull. civ. IV, n° 158 ; D. 2003, AJ 3050 : pour conserver ses droits contre les cofidélusés, la caution *solvens* n'est pas tenue de déclarer sa créance au passif de la procédure collective du débiteur principal, les autres cautions ayant elles-mêmes la faculté d'effectuer une telle déclaration même avant d'avoir payé sur le fondement de l'ancien article 2032 C. civ. (devenu art. 2309) ; Com. 5 fév. 2002, Bull. civ. I. 162, n° 10 : le défaut de production d'une créance au passif d'un débiteur soumis à une procédure collective ne fait pas obstacle au recours de la caution, qui a payé, contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion conformément à l'article 2310.

¹⁶¹⁴ V. *supra* n° 1146

1186. La question que l'on peut se poser dès lors est de savoir si ce recours permet à la caution *solvens* de recouvrer l'intégralité de sa créance. A ce titre, il y a lieu de relever que le mécanisme complexe de mise en œuvre du recours de la caution *solvens* contre ses cofidélusseurs¹⁶¹⁵ n'est pas favorable à celle-ci. Deux observations.

1187. Premièrement, ce recours assure un paiement aléatoire de la caution *solvens*, son efficacité dépendra de la solvabilité des autres cautions. Le fait que l'un des cofidélusseurs soit en situation d'insolvabilité placerait la caution dans la même situation que celle du créancier antérieur classique. En ce sens, son recours ne pourra prospérer face à la discipline collective à laquelle sont soumis tous les créanciers antérieurs, car sa créance serait antérieure à la procédure¹⁶¹⁶. Autrement dit, la caution *solvens* est notamment soumise à l'obligation de déclaration de sa créance. Plus exactement, elle devra déclarer le montant de la créance correspondant à la part contributive du cofidélusseur en difficulté à la dette du débiteur principal.

1188. Deuxièmement, quand bien même ce recours serait exercé contre des cofidélusseurs *in bonis*, il n'assurerait pas pour autant à la caution *solvens* la garantie de recouvrer les sommes excédant sa part contributive à la dette du débiteur principal. En effet, peu importe le mode de calcul retenu pour le calcul de la part contributive de la caution *solvens*¹⁶¹⁷ et peu importe la portée de son engagement et celle de l'engagement de ses cofidélusseurs, le recours de la caution *solvens* implique, à défaut de stipulation contraire, une division de celui-ci entre les autres cautions¹⁶¹⁸. Ce recours de la cautions *solvens* est différent du recours contre le débiteur qui lui permet de recouvrer presque la totalité du montant qu'elle a payé au créancier *accipiens*. Néanmoins, le meilleur moyen pour la caution *solvens* de sauvegarder sa créance de remboursement ou du moins de ne pas supporter la charge définitive de la dette du débiteur principal serait d'appeler les autres cofidélusseurs en garantie avant son paiement, chacun pour sa part et portion en application des règles de droit commun¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁵ A.S. Barthez et D. Houctieff, *op. cit.* n° 914 s.; Y. Picod, *op. cit.* n° 99.

¹⁶¹⁶ Com. 16 juin 2004, Bull. civ. IV, n° 123; D. 2004. AJ 2046; JCP 2005. I. 107, n° 15, obs. M. Cabrillac; Gaz. Pal. 2004. 2531, note P.M. Le Corre ; RTD com. 2004. 811, obs. A. Martin-Serf; RTD civ. 2004. 758, obs. P. Crocq; la créance de la caution *solvens* contre les cofidélusseurs sur le fondement de l'ancien article 2033 (devenu art. 2310) prend naissance à la date de l'engagement de caution.

¹⁶¹⁷ D. Legeais, *op. cit.* n° 317; A.S. Barthez et D. Houctieff, *op. cit.* n° 915; Y. Picod, *op. cit.* n° 98 s.

¹⁶¹⁸ Civ. 1^{ère}, 10 janv. 1995, Bull. civ. I, n° 25.

¹⁶¹⁹ Civ. 1^{ère}, 15 juin 2004, Bull. civ. I. n° 169; D. 2004. AJ 1972; *ibid.* somm. 2707, obs. L. Aynès.

Paragraphe 2. Le recours de la caution *solvens* contre la sous-caution du débiteur principal

1189. La caution *solvens* dispose d'un recours personnel en remboursement à l'égard de la sous-caution, garant de sa créance en remboursement¹⁶²⁰. Ce recours personnel sera exercé dans les mêmes conditions que l'action du créancier contre la caution de premier rang¹⁶²¹. En effet, dans la mesure où la sous-caution s'oblige à payer les sommes dues par le débiteur principal à la caution *solvens*, elle doit *mutatis mutandis* être traitée comme toute caution car le sous-cautionnement est un cautionnement à part entière. Il s'agit d'une variété du cautionnement dans lequel une caution s'engage pour une autre, créancière virtuelle¹⁶²².

1190. Cependant, comme en droit commun¹⁶²³, aucun dispositif législatif applicable au droit des procédures collectives ne définit le régime juridique du sous-cautionnement, encore moins celui de l'exercice du recours en remboursement de la caution *solvens* contre la sous-caution d'un débiteur insolvable. Dès lors, on serait tenté de déduire de la nature des rapports entre la caution qui a payé, le débiteur principal et la sous-caution, une possible transposition des règles qui gouvernent les poursuites en paiement du créancier initial contre la caution de premier degré dans le cadre d'une procédure collective¹⁶²⁴. Partant de ce postulat, la préservation du recours en remboursement de la caution *solvens* sera subordonnée à la protection de la caution par la discipline collective. En d'autres termes, la qualité de la sous-caution¹⁶²⁵ sera déterminante dans l'efficacité du recours de la caution *solvens* dans les différentes procédures et les différentes phases de celles-ci¹⁶²⁶.

1191. D'abord, il convient de relever que l'action de la caution *solvens* pourrait être contrariée par les dispositions de l'article L. 611-10-2 du code civil dans la mesure où elles s'appliqueraient à la sous-caution. Ne pouvant distinguer là où la loi ne distingue pas, rien n'empêche la sous-

¹⁶²⁰ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 354 et 356 ; Y. Picod, *op. cit.* n° 100.

¹⁶²¹ Y. Picod, *op. cit.* n° 100, p. 172.

¹⁶²² D. Legeais, *op. cit.* (13^e éd. 2019), n° 86; Ph. Simler, *op. cit.* n° 119 et 120 ; AS. Barthez et D. Houtchieff, *op. cit.* n° 237 et 240 ; M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 354.

¹⁶²³ Ph. Simler, *op. cit.* n° 120.

¹⁶²⁴ V. en ce sens, D. Legeais, *op. cit.* n° 85 : l'idée de l'auteur renforce cette hypothèse lorsqu'il suggère que « les conflits opposant les cautions à leurs créanciers sont alors transposés dans les rapports entre la caution et la sous-caution ».

¹⁶²⁵ D. Legeais, *op. cit.* n° 119.

¹⁶²⁶ M. Cottet, *op. cit.* n° 330 s. (pour une synthèse de la situation de la caution de premier rang dans le droit des procédures collectives) ; V. également en ce sens D. Legeais, *op. cit.* n° 253 s. ; W. Ella Andoume, Le cautionnement donné à une société, Th. Nancy 2, 2010, n° 557; S. Atsarias, *op. cit.* n° 788 s.

caution de s'en prévaloir ; la caution *solvens*, en sa qualité de créancier, ne pourra procéder au recouvrement de sa créance de remboursement sans tenir compte des délais de paiement et des remises de dettes consenties au débiteur dans l'accord de conciliation car la sous-caution, peu importe sa qualité¹⁶²⁷, peut s'en prévaloir.

1192. Ensuite, dans la sauvegarde cette situation va se répéter à l'égard uniquement de la sous-caution personne physique c'est-à-dire le dirigeant d'une entreprise par exemple lorsqu'elle s'est engagée à garantir la créance de remboursement de la caution *solvens*. Comme le créancier initial, la caution *solvens* pourrait se prévaloir de la même façon des délais de paiement et des remises de dette consentis au débiteur si elle est poursuivie sur le fondement de l'article L. 626-11 du code de commerce. De même, la caution *solvens* ne pourra recouvrer sa créance de remboursement virtuelle contre la sous-caution personne physique durant la période d'observation conformément à l'article L. 622-28 alinéa 2 du code de commerce. La généralité des termes de ces dispositions ne semble pas interdire à la sous-caution de s'en prévaloir, non pas parce que les dispositions du plan ou du concordat et la suspension des poursuites sont des exceptions inhérentes à la dette¹⁶²⁸, mais parce que ces dispositions ne peuvent être invoquées que par, entre autres, les tiers qui ont consentis un cautionnement au débiteur¹⁶²⁹.

1193. Toutefois, il convient de relever que la préservation de la créance de remboursement de la caution qui a payé dans la sauvegarde, ou le règlement préventif, réside davantage dans l'exercice de son recours contre la sous-caution personne morale. A l'image de la caution personne morale de premier rang, la sous-caution personne morale ne peut opposer à tout créancier les remises et délais de paiement ainsi que la règle de la suspension des poursuites et des voies d'exécution dans ces procédures préventives et procédures curatives, sous réserve des dispositions de l'article 75-1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

1194. En tout état de cause, la préservation de la créance de remboursement de la caution ne va pas de soi. L'insolvabilité du débiteur et l'inopposabilité des mesures inhérentes à la discipline collective peuvent compromettre sérieusement les chances de remboursement de la caution

¹⁶²⁷ Ph. Simler, *op. cit.* n° 119.

¹⁶²⁸ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 356 : il y a lieu de relever que la sous-caution ne peut se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal ; V. également Civ. 1^{ère}, 26 fév. 2006, Bull. civ. I, n° 67

¹⁶²⁹ Com. 27 mai 2008, Bull. civ. IV, n° 106 : la sous-caution doit être traitée comme une caution ordinaire.

solvens et pourraient également favoriser son insolvabilité personnelle¹⁶³⁰. Le droit français et le droit OHADA offrent des mécanismes intéressants, parfois différents, de traitement ce risque.

Section 3. Le traitement du risque d'insolvabilité de la caution en cas d'échec de son recours en remboursement

1195. Il n'est pas rare que la caution se retrouve dans un état d'insolvabilité durant la procédure collective dont fait l'objet le débiteur principal, soit parce qu'elle ne peut recouvrer sa créance de remboursement, soit parce que son patrimoine personnel ne lui permet plus de subvenir aux besoins de la vie quotidienne. Dans un cas comme dans l'autre, la situation de la caution ne correspond pas à l'esprit du droit des procédures collectives qui consiste à prévenir et traiter les difficultés du débiteur afin d'assurer son redressement et permettre au débiteur de rebondir lorsque cela est possible.

1196. L'examen des effets de la discipline collective sur le recours personnel de la caution en remboursement révèle un déséquilibre contractuel dans la relation de la caution, du débiteur et du créancier. La discipline collective, qui vise à protéger le débiteur et à assurer au mieux le paiement des créanciers, semble porter en elle le germe de l'insolvabilité de la caution, acteur incontournable du paiement des créanciers qui ont garanti leur créance en recourant à cette sûreté personnelle. La caution poursuivie, qui paie le créancier, facilite par ricochet le redressement du débiteur. Le passif du débiteur est réduit, comme il le serait avec une remise de dette, ainsi, dans le même temps, que le nombre des créanciers soumis à la discipline collective qui protège le débiteur principal.

1197. Au regard de ce qui précède, le risque d'insolvabilité de la caution est réel en droit français, comme en droit OHADA des procédures collectives, mais il est d'une intensité différente. Face à la réalisation de ce risque, les deux systèmes de droit n'offrent pas toujours, à la caution, lorsque celle-ci est insolvable, les mêmes mécanismes de protection afin de compenser notamment la perte d'une partie de son actif, liée aux effets de la discipline collective sur l'inopposabilité de principe du système de protection du débiteur principal. Néanmoins, si la situation de la caution débitrice éligible au droit des procédures est celle du débiteur, ainsi qu'on l'a abondamment

¹⁶³⁰ V. en ce sens L. Bougerol et G. Mégret, *op. cit.* n° 235 (synthèse).

évoqué, il convient d'envisager également le traitement du risque d'insolvabilité de la caution personne physique dont la situation est généralement plus précaire.

1198. L'examen de celle-ci permet de mettre davantage en exergue les divergences philosophiques et sociologiques quant à la protection de la caution personne physique, à l'image du dirigeant caution, dans l'intérêt duquel le régime protecteur des garants dans le droit des procédures collectives est né avec la suspension des poursuites dès la loi du 10 juin 1994. Dès lors, le risque d'insolvabilité de la caution personne physique est conjuré par une protection minimaliste commune au droit français et au droit OHADA, et qui relève essentiellement des dispositions du code civil (Paragraphe 1) ; par ailleurs, cette protection est particulièrement optimisée en droit français dans le cadre du surendettement (Paragraphe 2).

Paragraphe 1. La protection minimaliste commune au droit français et au droit OHADA

1199. La caution personne physique insolvable est une caution dont l'actif est insuffisant à satisfaire ses besoins liés à sa vie privée, ou à son activité professionnelle. Il existe des mécanismes de protection communs au droit français et au droit OHADA et qui s'appliquent au débiteur, peu importe sa qualité. Rien ne semble s'opposer à ce que ces mécanismes s'appliquent à la caution en général, *a fortiori* à la caution personne physique davantage protégée que la caution personne morale dans plusieurs matières du droit.

1200. Au demeurant, il s'agit d'une protection à laquelle tout débiteur peut prétendre pour peu qu'il ne soit pas en capacité de désintéresser immédiatement ses créanciers. L'hypothèse, qui au demeurant s'applique à la caution débitrice, est celle d'un débiteur qui est dans une situation économique ou financière temporaire, mais dont l'amélioration est envisageable. A titre d'illustration, on peut prendre l'exemple d'une caution qui, après avoir payé le créancier du débiteur principal, se retrouve dans l'impossibilité de payer ses dettes exigibles, dans l'attente de rentrées d'argent. Dans la mesure où une procédure de surendettement, ou une procédure collective, n'est pas nécessaire, la caution débitrice peut bénéficier de la protection classique du débiteur prévue dans le code civil français, généralement applicable dans les différents Etats membre de l'OHADA. En ce sens, la caution débitrice peut essentiellement bénéficier, soit des délais de paiement (A), soit d'une remise de sa dette (B).

A. Le bénéfice des délais de paiement

1201. D'un commun accord, le créancier peut consentir des délais de paiement à la caution¹⁶³¹, à l'instar de ceux consentis au débiteur dans le cadre d'un règlement amiable ou *mutatis mutandis* dans la conciliation. Il s'agit de délais négociés (I). En revanche, si le créancier ne consent pas à les lui accorder, la caution peut les solliciter et les obtenir du juge sur le fondement de l'article 1343-5 du code civil français (II).

I. Les délais de paiement négociés par la caution en difficulté

1202. Avant toute démarche procédurale vers les systèmes de protection particuliers tels que les procédures de surendettement ou les procédures collectives, et même une fois ces procédures engagées, et dans certaines conditions, il est généralement conseillé au débiteur de tenter de négocier un réaménagement de sa dette. La démarche est compatible avec sa situation. Elle est en principe moins coûteuse et plus rapide dans la mesure où elle peut se faire au moyen d'une communication téléphonique, dans le cadre d'un rendez-vous chez le créancier, notamment dans une agence de la banque créancière, ou par le biais d'un courrier dans lequel le débiteur présente sa situation et sollicite de son créancier un temps supplémentaire pour le paiement de sa dette.

1203. La caution débitrice, personne physique ou personne morale, qui en bénéficie retardera l'exécution de son engagement. Elle ne pourra payer le créancier qu'à l'échéance des dates nouvellement convenues car les délais qui lui sont consentis sont opposables au créancier sur le fondement de l'ancien article 1134, devenu article 1103. Celui-ci dispose notamment que les « contrats (et non plus les conventions) légalement formés tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faits ». En ce sens, ces délais, ne produisent pas en principe des effets différents *mutatis mutandis* de ceux qu'ils produiraient à l'égard du débiteur en conciliation ou en sauvegarde¹⁶³². Il en va de même des délais consentis par le juge à la caution débitrice.

¹⁶³¹ L. Bougerol et G. Mégret, *op. cit.* n° 288.

¹⁶³² V. en ce sens C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* 1032 s.

II. Les délais de paiement accordés par le juge

1204. Les délais de paiement consentis au débiteur par le juge prennent la qualification de délais de grâce. Consacrés par l'article 1343-5 du code civil, ils permettent au juge de choisir à la place du débiteur et du créancier la durée supplémentaire pour permettre au débiteur de satisfaire son créancier. Ce délai supplémentaire peut prendre soit la forme d'un report simple du délai initial de paiement c'est-à-dire un paiement en une fois mais à une date postérieure différente de la date initiale ; soit la forme d'un rééchelonnement du paiement de la dette notamment pour les crédits à la consommation. En ce sens, il s'agira pour le juge de modifier les modalités initiales du remboursement du crédit en réduisant le montant des échéances en contrepartie d'un allongement de la durée de remboursement.

1205. La caution qui bénéficie de ces réaménagements reste tenue de son obligation de paiement à l'égard de son créancier. Les délais consentis ne l'exonèrent pas de cette obligation. Elle ne peut en bénéficier que si le juge estime qu'elle est de bonne foi et qu'elle présente des garanties suffisantes pour payer le créancier car le but poursuivi n'est pas de léser le créancier en lui imposant des délais s'il ne peut pas être payé. C'est en ce sens que dans son examen de la demande de la caution débitrice, le juge compétent ne considérera pas que la situation du débiteur, il devra aussi tenir compte des besoins du créancier.

1206. Cependant, le caractère judiciaire de ces délais a peu d'importance sur l'engagement de la caution qui peut les obtenir lorsqu'elle est insolvable¹⁶³³. Si dans cette dernière situation la question se posait de l'opposabilité des délais de grâce, délais imposés ou délais judiciaires, à la caution¹⁶³⁴, la qualité de débiteur de la caution rend caduque ce débat. Les délais sont consentis à la caution elle-même. En revanche, elle se poserait pour la situation des garants de la caution en difficulté et se résoudrait de la même manière qu'en droit commun du cautionnement¹⁶³⁵.

1207. En tout état de cause, la caution, qui bénéficie des délais de paiement, sera à l'abri des poursuites des créanciers qui les lui ont consentis car le principal effet des délais de paiement consiste, comme on le suggérait précédemment¹⁶³⁶, à suspendre les poursuites en cours des

¹⁶³³ V. *supra* n° 1200 s.

¹⁶³⁴ M. Bourassin et V. Brémond, *op. cit.* n° 220 s.

¹⁶³⁵ A. Minkoa-She, *op. cit.* n° 239.

¹⁶³⁶ V. *supra* n° 596 s.

créanciers et à interdire de nouvelles poursuites¹⁶³⁷. Ces délais de paiement mettraient également à l'abri le patrimoine de la caution jusqu'à la nouvelle échéance. A l'instar du non-respect des délais du plan, l'exécution tardive de l'obligation de paiement de la caution débitrice, par rapport au nouveau délai, rendrait caduc ces derniers et permettrait par ricochet à ses créanciers de retrouver l'exercice de leur droit de contrainte à son égard, à moins que sa dette ne lui soit remise.

B. Le bénéfice des remises de dette

1208. La caution peut également bénéficier, comme le débiteur faisant l'objet d'une procédure collective, d'une remise de dette de son débiteur. Comme précédemment indiqué¹⁶³⁸, la remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation¹⁶³⁹. Dans la mesure où elle a pour principal effet d'éteindre la dette du débiteur¹⁶⁴⁰, la remise de dette consentie à la caution présente plus d'avantages pour celle-ci, peu importe l'origine de cette remise. Une dette éteinte constitue pour la caution débitrice une décharge de son obligation de paiement. Il en résulte, du point de vue patrimonial, l'absence de réduction de son actif, surtout lorsque cette remise est totale. Si la caution débitrice avait cautionné le débiteur principal, avec d'autres cautions, la remise de dette dont elle serait la bénéficiaire lui permettrait, tel un codébiteur solidaire, d'être libérée à proportion de sa quote-part conformément à l'article 1350-2 alinéa 2 du code civil. Celui-ci dispose que « la remise consentie à l'une des cautions solidaires ne libère pas le débiteur principal, mais libère les autres à concurrence de sa part ».

1209. Cependant, si ces observations sont valables dans la majorité des Etats membres de l'espace OHADA qui ont transposé les dispositions du code civil français dans leur corpus législatif interne, à l'instar du GABON, l'incertitude règne en droit sénégalais et en droit malien. En effet, au-delà des cas plus complexes de remise de dette d'un codébiteur ou d'un coobligé, ainsi en en droit français, le code des obligations civiles et commerciales sénégalais et le code

¹⁶³⁷ *Ibid.*

¹⁶³⁸ V. *supra* n° 716 s.

¹⁶³⁹ Art. 1350 C. civ.

¹⁶⁴⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.* n° 1171 et 1173.

malien des obligations, consacrent tous deux, de façon étonnamment presque identique¹⁶⁴¹, la pratique la plus simple de ce mécanisme d'extinction de la dette en deux articles succincts¹⁶⁴².

1210. Conformément à l'article 210 et à l'article 213 précédents, la caution, en tant que débiteur est libérée, comme en droit français, *mutatis mutandis*, lorsque le créancier renonce volontairement à son droit d'être payé. Les limites du mécanisme ne remettent pas en cause son effet extinctif sur le débiteur car il s'agit d'un principe général : une dette remise est une dette éteinte, même partiellement comme le précise d'ailleurs les législateurs sénégalais et malien. Néanmoins, la brièveté de ces dispositions ne permet pas à elles seules de préciser le sort de la caution en tant que codébiteur ou coobligé de sorte que les autres législations africaines qui appliquent encore aujourd'hui, ce qui est regrettable, le code civil français de 1804, propose à la caution débitrice un mécanisme plus élaboré d'allègement du passif.

Paragraphe 2. Protection optimisée en droit français

1211. Contrairement au droit OHADA et aux droits applicables dans les différents Etats membres de l'espace OHADA, le droit français a érigé un corps de règles sophistiquées destiné à protéger le débiteur personne physique qui se trouve dans l'impossibilité de faire face à l'ensemble de ses dette exigibles et à échoir, pourvu qu'elles ne soient pas en principe professionnelles. Cette protection nouvelle du droit français est de nature à optimiser les chances de redressement du débiteur en difficulté au sens de l'article L. 711-1 du code de la consommation. Cet article qui consacre les conditions d'éligibilité du débiteur personne physique à la procédure de surendettement semble s'appliquer à la caution insolvable sous des conditions restrictives, mais importantes pour le redressement de celle-ci. On examinera ainsi l'éligibilité de la caution débitrice à la procédure de surendettement (A) et les solutions qui lui sont favorables (B).

¹⁶⁴¹ La différence entre les deux codes réside dans la définition de la remise de dette. La définition du code malien des obligations marque davantage le caractère conventionnel de la remise de dette lorsqu'il indique que la remise qui libère le débiteur doit être acceptée par cette dernière.

¹⁶⁴² Droit sénégalais : art. 210 C. civ. com. : (al. 1) « En renonçant volontairement à son droit, le créancier libère le débiteur de son obligation. (al. 2) La remise de dette peut être totale ou partielle, à titre onéreux ou à titre gratuit. » ; art. 211 : « la remise volontaire du titre original sous seing privé ou de la grosse du titre fait présumer la remise de dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire ». Droit malien : art. 213 : « La remise de dette est la libération accordée volontairement par le créancier à son débiteur qui l'accepte. (al. 2 identique) » ; art. 214 : (al. 1) « La remise volontaire du titre original sous seing privé, faite par le créancier du débiteur, vaut preuve de la libération ; (al. 2) La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de dette ou le paiement sauf preuve contraire ».

A. L'éligibilité de la caution débitrice à la procédure de surendettement

1212. Il n'existe pas de conditions particulières d'éligibilité de la caution au traitement du surendettement. De même que les articles du code de la consommation qui traitent du cautionnement ne visent pas toutes les cautions¹⁶⁴³. Dès lors, les conditions qui s'appliquent à la caution personne physique débitrice sont vraisemblablement celles qui s'appliquent à tout débiteur personne physique de bonne foi qui se trouve dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes autre que professionnelles exigibles et à échoir conformément à l'article L. 711-1 alinéa 2¹⁶⁴⁴ et l'article 711-3 du code de la consommation. Autrement dit, la caution personne physique insolvable est éligible à la procédure de surendettement¹⁶⁴⁵ si elle remplit certaines conditions relatives à sa qualité (I) et d'autres à sa dette (II).

I. Les conditions relatives à la qualité de la caution débitrice

Tableau 3 Comparatif de l'éligibilité de la caution débitrice aux procédures d'insolvabilité en fonction de sa qualité

¹⁶⁴³ V. en ce sens G. Raymond, Droit de la consommation, LexisNexis 5^e éd. 2019, n° 816 ; Y. Picod et H. Davo, Droit de la consommation, S. 2^e éd. 2010, n° 184 et 186.

¹⁶⁴⁴ Art. L. 711-1 al. 2 C. cons. (anc. art. L. 733-3).

¹⁶⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000, n° 99-04.058, Bull. civ. I, n° 285 ; 13 mars 2001, n° 00-04.053 ; Bull. civ. I, n° 74 ; D. 2001, p. 1243, note C. Rondey ; RTD com. 2001, p. 781, note G. Paisant ; Civ. 2e, 6 avr. 2006, Rev. proc. Coll. 2007, p. 207, n°1, note S. Gjidara-Decaix ; 2 déc. 2010, n° 09-67.503 ; LPA 29 juin 2011, 20, note Brena ; 5 janv. 2017, n° 15-27.909, JurisData n° 2017-000058.

Procédures D'insolvabilité Débiteur ou Cauton débitrice personne physique	SURENDETTEMENT	PROCEDURES COLLECTIVES
- Non professionnel indépendant - Non commerçant - Non agriculteur - Non autoentrepreneur	OUI	NON
- Professionnel indépendant - Commerçant - Agriculteur - Autoentrepreneur En activité	NON	OUI
- Professionnel indépendant - Commerçant - Agriculteur - Autoentrepreneur En cessation d'activité	OUI (uniquement pour les dettes personnelles)	OUI (uniquement pour une partie au moins des dettes professionnelles)

1213. La caution insolvable éligible à la procédure de surendettement est celle qui ne relève pas des procédures instituées par le Livre VI du code de commerce¹⁶⁴⁶ car, de façon générale, la législation sur le surendettement ne s'applique pas lorsque le débiteur relève des procédures collectives¹⁶⁴⁷ ou relève d'un statut particulier¹⁶⁴⁸, selon le tableau ci-dessus. Ensuite, l'article L.

¹⁶⁴⁶ Art. L. 733-3 C. cons. ; Il faut souligner que les personnes physiques sont également éligibles au droit des entreprises en difficulté (Livre VI du code de commerce) grâce au rétablissement professionnel introduit par l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés de l'entreprise et des procédures collectives (v. en ce sens C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1410 s. ; J. Vallansan, La liquidation judiciaire et le rétablissement professionnel après la loi Pacte, *Rev. proc. coll.* 2019, n° 4, doss. 26, p. 35). Sont ainsi exclus du dispositif de la procédure de surendettement du code de la consommation : les commerçants, les artisans, les agriculteurs et toutes les personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante conformément aux articles L. 620-2 (sauvegarde), L. 631-2 (redressement judiciaire) et L. 640-2 (liquidation des biens) C. com.

¹⁶⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 19 nov. 1991, n° 91-04.007: *JurisData* n° 1991-002828;

¹⁶⁴⁸ Civ. 2^e, 18 fév. 2016, n°14-29.223, *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 103, note S. Gjidara-Decaix et comm. 132, note Saintourains : exclusion des membres d'une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ; civ. 2^e, 18 fév. 2016, n°15-10.976, *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 103, 2^e esp., note S.

711-1 du code de la consommation précise que le débiteur doit être de bonne foi. Si cette notion qui irrigue les rapports contractuels en droit commun n'est pas définie dans le code de la consommation, il n'en demeure pas moins qu'elle se présume¹⁶⁴⁹ de sorte que celui qui la conteste doit prouver que le débiteur est de mauvaise foi. Dans les procédures de surendettement, la notion de bonne foi s'apprécie *in concreto*¹⁶⁵⁰ par le juge¹⁶⁵¹ au moment de l'ouverture de la procédure¹⁶⁵² selon la sincérité du débiteur ou de la caution insolvable. La caution qui omettrait volontairement de déclarer certaines créances pourrait être qualifiée de mauvaise foi¹⁶⁵³. Cette attitude pourrait, en effet, être considérée par le juge comme une manœuvre destinée à tromper son jugement. De même que la caution qui organise son insolvabilité pour ne pas payer ses créanciers poursuivants doit être déclarée de mauvaise foi¹⁶⁵⁴. Enfin, conformément aux dispositions de l'article L. 711-1 la caution, à l'instar du débiteur, doit être dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. Autrement dit, la caution sera déclarée surendettée si l'ensemble de ses revenus et de son capital

GJjidara-Decaix et comm. 132, note Saintourens (exclusion de l'autoentrepreneur qui relève des procédures collectives commerciales

¹⁶⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 24 fév. 1993, n° 92-04.045, Bull. civ. I, n° 86 ; Civ. 1^{ère}, 4 avr. 1991, n° 90-04.042, Bull. civ. I, n° 124: la bonne foi se présument, la charge de la preuve de la mauvaise foi pèse sur le créancier ou la commission de surendettement de la Banque de France.

¹⁶⁵⁰ V. en ce sens, N. Dejean de La Batie, Appréciation *in concreto* et appréciation *in abstracto* en droit civil français, RIDC 1966, V. n° 1/66, p. 93-94: appréciation du juge qui fait état des seules circonstances de la cause, il ne se borne pas à des motivations purement générales et abstraites. Le juge va donc s'intéresser à la qualité du débiteur et à ses capacités de remboursement par exemple. L'appréciation *in concreto* s'oppose ainsi à l'appréciation *in abstracto*. Celle-ci signifie que l'appréciation du juge aura comme critère de référence un modèle idéal, une référence générale qui devra s'appliquer même aux cas particuliers. L'illustration de cette appréciation est la notion de « bon père de famille » qui irrigue le droit commun.

¹⁶⁵¹ Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2000, n° 98-04.177, Bull. civ. I, n° 2; 31 mars 1992, n° 91-04.023, Bull. civ. I, n° 109: le juge apprécie souverainement la bonne ou mauvaise foi du débiteur au vu de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis au jour où il statue, y compris les éléments nouveaux qui lui ont été transmis ultérieurement (CA Limoges, 13 oct. 2005, JurisData n° 2005-28977). Ceux-ci sont d'ailleurs susceptibles d'être décisifs pour la recevabilité du dossier du débiteur antérieurement déclaré irrecevable (Civ. 2^e, 6 mai 2004, JurisData n° 2004-023626 ; JCP E 2004, 943 ; Civ. 1^{ère}, 5 janv. 2000, préc. *loc. cit.*; Civ. 1^{ère}, 10 déc. 1996, n° 95-04.142, Bull. civ. I, n° 447 ; 1^{er} juin 1999, n° 98-04.013, JurisData n° 1999-002273 : le juge ne peut déclarer irrecevable la demande d'ouverture d'une nouvelle procédure sollicitée par un débiteur, dont la mauvaise foi a été sanctionnée antérieurement par une décision d'irrecevabilité revêtue de l'autorité de la chose jugée, sans tenir compte des éléments nouveaux invoqués par ce dernier).

¹⁶⁵² CA Riom, 22 mai 1991, D. 1992, somm. p. 106, note Bouloc et Ferrière.

¹⁶⁵³ Civ. 1^{ère}, 11 oct. 1994, n° 93-04.122, Bull. civ. I, n° 288.

¹⁶⁵⁴ Civ. 2e, 15 janv. 2009, n° 07-20067, Bull. civ. I, n° 20 (la seule souscription d'un nouveau crédit au cours des mois qui précèdent le dépôt d'un dossier auprès de la commission de surendettement, ou la souscription de plusieurs crédits en une durée limitée, ne sauraient caractériser la mauvaise foi du débiteur).

ne lui permet pas de faire face à l'ensemble de ses dettes nées pour les besoins de sa vie privée¹⁶⁵⁵.

II. Les conditions liées à la dette de la caution débitrice

1214. Il est généralement admis que le passif pris en compte est celui qui englobe essentiellement les dettes non professionnelles et plus exactement les dettes contractées pour les besoins personnels et familiaux de la vie courante. C'est souvent le cas des factures, d'électricité, d'eau, des loyers, des dettes fiscales, des crédits à la consommation ou encore des crédits immobiliers. Cette condition ne semble pas constituer un obstacle à l'éligibilité de la caution personne physique insolvable à la procédure du surendettement. Les autres dettes sont supposées être professionnelles et ne permettraient pas à la caution personne physique en tant que débiteur de solliciter la protection de la procédure de surendettement, encore faut-il donner un contenu à cette notion.

1215. Toute la difficulté dans la détermination des dettes professionnelles, dans le passif de la caution personne physique débitrice, réside dans le fait que la notion de dette professionnelle n'est pas définie par le législateur français. La jurisprudence qui s'est employée à déterminer son contenu définit les dettes professionnelles comme celles qui « sont nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle »¹⁶⁵⁶. Cette définition, qui, au demeurant, est une amélioration de la première approche jurisprudentielle de la notion¹⁶⁵⁷, si elle exclue d'emblée les sociétés de cautionnement, ou plus largement les personnes morales cautions intéressées en ce qu'elles agissent en tant que professionnelles, confirme l'éligibilité de la caution personne physique en ce qu'elle évolue dans une société de consommation. Les particuliers se portent généralement caution pour leurs proches, pour aider un ami à obtenir un prêt pour financer son activité économique. C'est dans son patrimoine personnel que la caution puisera les fonds pour désintéresser le créancier du débiteur principal, payer diverses factures pour continuer de subvenir aux besoins des siens au quotidien, honorer d'autres engagements. A ce titre, ces dettes lui permettent de bénéficier de la protection issue du droit du surendettement.

¹⁶⁵⁵ Civ. 1^{ère}, 27 oct. 1992, n° 91-04.119.

¹⁶⁵⁶ Civ. 2^e, 8 avr. 2004, n° 03-04013; Bull. civ. 2004, II, n° 190; RTD com. 2004, p. 820, obs. G. Paisant; D. 2004, p. 1383, note C. Rondey.

¹⁶⁵⁷ Civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, n° 91-04.028 ; Bull. civ. 1992, I, n° 107 : jadis la jurisprudence définissait les dettes professionnelles comme celles « nées pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle du débiteur ».

1216. Par ailleurs, quand bien même il existerait des dettes professionnelles dans le passif de la caution insolvable, celle-ci n'en serait pas pour autant exclue de la procédure de surendettement¹⁶⁵⁸. A titre d'illustration, la jurisprudence décide que le dirigeant caution qui s'est portée caution pour les dettes de son entreprise, peu importe qu'elles aient un lien direct avec l'activité professionnelle du débiteur, peut bénéficier des dispositions du code de la consommation¹⁶⁵⁹. De façon générale, les dettes dont le dirigeant est personnellement tenu, en exécution du cautionnement consenti pour sa société, ne constituent pas un obstacle à la recevabilité de son dossier au traitement de surendettement par la commission éponyme¹⁶⁶⁰.

B. Les solutions de surendettement favorables à la caution débitrice

1217. L'article L. 712-2 du code de la consommation dispose que la « demande de traitement de la situation de surendettement est portée devant la commission compétente qui peut, soit proposer ou prescrire des mesures de traitement dans les conditions prévues au titre III, soit recommander un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, ou saisir, avec l'accord du débiteur, le juge du tribunal d'instance aux fins d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire dans les conditions prévues au titre IV ». Aux termes de ces dispositions, il apparaît que le législateur français met à la disposition de la caution débitrice un panel d'outils juridiques de traitement de ses difficultés, mais tous ne sont pas toujours favorables à la caution. Selon l'intensité des difficultés de la caution, en qualité de débiteur, celle-ci peut successivement bénéficier de la suspension des procédures d'exécution (I), d'un plan conventionnel de redressement (II) ou d'une procédure de rétablissement personnel si les précédentes mesures ne sont pas de nature à apurer son passif¹⁶⁶¹ (III).

¹⁶⁵⁸ Civ. 2^e, 13 mars 2008, n° 06-20.456; JurisData n° 2008-043172; Com. 30 sept. 2008, n° 07-15446; Bull. civ. IV, n° 163.

¹⁶⁵⁹ Civ. 2^e, 27 sept. 2012, n°11-23.285 ; on peut aussi prendre le cas de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Celui-ci est éligible aux procédures de surendettement, nonobstant la présence dans son passif de dettes nées pour les besoins de son activité professionnelle.

¹⁶⁶⁰ V. en ce sens pour être complet sur la question : L. Huprelle, *La caution dirigeante*, Th. Montpellier 1, 2014, n° 436, p. 566.

¹⁶⁶¹ Art. L. 724-1 C. consom. ; G. Raymond, *op. cit.* n° 1096; V. également L. Bougerol et G. Mégret, *Droit du cautionnement*, éd. Gaz. Pal., 2018, coll. Guide pratique, préf. P. Crocq, n° 295.

I. Le bénéfice de la suspension des procédures d'exécution contre la caution débitrice

1218. Contrairement au droit moderne des procédures collectives, la caution débitrice peut bénéficier de deux types de suspension des procédures d'exécution diligentées sur ses biens selon que son dossier est déclaré recevable ou non au traitement de surendettement. On distingue ainsi la suspension judiciaire (a) de la suspension légale des procédures d'exécution contre la caution débitrice (b).

a. La suspension judiciaire des procédures d'exécution contre la caution débitrice

1219. Comme dans le droit des procédures collectives¹⁶⁶², la caution peut bénéficier de la suspension des poursuites des créanciers. Celle-ci peut d'abord résulter d'une demande de la caution débitrice conformément à l'article L. 721-4 alinéa 1¹⁶⁶³. En effet, cet article dispose qu'à « la demande du débiteur, la commission peut saisir, à compter du dépôt de dossier et jusqu'à la recevabilité de la demande de traitement de la situation de surendettement, le juge du tribunal aux fins de suspension des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires ». Il s'agit de protéger le patrimoine de la caution débitrice, ou de tout débiteur, des saisies du créancier poursuivant en amont de la décision de recevabilité. La commission compétente, qui accuse réception du dépôt du dossier de redressement de la caution débitrice, peut saisir le juge de l'exécution lorsqu'elle est sollicitée par le débiteur, et non avant l'instruction du dossier au risque que sa demande soit déclarée irrecevable.

1220. L'importance de cette mesure pour le débiteur peut se mesurer à l'aune de ce qui ne se fait pas en droit des procédures collectives¹⁶⁶⁴. On ne saurait imaginer par exemple que le juge compétent saisi pour se prononcer sur l'admission du débiteur en sauvegarde, ou en redressement judiciaire, décide, sur demande du débiteur, de suspendre une saisie-vente dans l'attente de sa décision. Le droit français offre à travers cette suspension judiciaire, au demeurant sans incidence

¹⁶⁶² V. *supra* n° 379 s.

¹⁶⁶³ Art. L. 721-4 al. 1 C. cons. (anc. Art. L. 331-5).

¹⁶⁶⁴ Excepté dans la conciliation aussi bien en droit français qu'en droit OHADA.

sur la recevabilité de la demande dont est saisie la commission, une meilleure protection de la caution débitrice à tous les stades de la procédure.

1221. En tout état de cause, la mise en œuvre de cette suspension des procédures d'exécution, durant l'instruction du dossier de la caution débitrice, emporte les mêmes effets que la suspension consécutive à la décision de recevabilité.

b. La suspension légale des procédures d'exécution contre la caution débitrice

1222. La décision de recevabilité du dossier de surendettement du débiteur en général, et de la caution débitrice, à l'instar du jugement d'ouverture soit de la procédure de sauvegarde, soit d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires¹⁶⁶⁵, emporte de plein droit la suspension et l'interdiction des procédures d'exécution de tous créanciers dont les créances ont été préalablement déclarées. En effet, conformément aux dispositions des articles L. 722-2, L. 722-3 et de l'article R. 722-5 du code de la consommation, cette suspension, qui porte également sur les cessions de rémunération, est automatique¹⁶⁶⁶.

1223. A l'image de l'arrêt des poursuites et des voix d'exécution contre le débiteur en droit des procédures collectives, la suspension des procédures d'exécution¹⁶⁶⁷ contre la caution débitrice dure jusqu'à la solution adaptée à la situation de celle-ci, c'est-à-dire jusqu'à l'approbation d'un plan conventionnel de redressement, ou jusqu'à la décision imposant les mesures de traitement, ou encore jusqu'à l'homologation par le juge des mesures recommandées, voire jusqu'au jugement prononçant le rétablissement personnel de la caution¹⁶⁶⁸.

1224. Durant cette période qui ne peut durer plus de deux ans, conformément à l'alinéa 2 de l'article L. 722-3 du code de la consommation, le passif de la caution débitrice est gelé de sorte qu'il lui est interdit, comme dans le droit des procédures collectives, de payer les créanciers antérieurs pour les créances comprises dans la procédure¹⁶⁶⁹. En revanche, toutes les autres créances, y compris celles de ses mêmes créanciers échappent à cette interdiction. La caution débitrice devra continuer à payer son loyer.

¹⁶⁶⁵ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 693 s.

¹⁶⁶⁶ Art. L. 722-2 C. consom. (anc. art. L. 331-3-1).

¹⁶⁶⁷ V. *supra* n° 404 s.

¹⁶⁶⁸ Art. L. 722-3 C. consom.

¹⁶⁶⁹ Art. L. 722-5 C. consom.

1225. Par ailleurs, la caution débitrice qui fait l'objet d'une procédure d'expulsion¹⁶⁷⁰ de son bailleur bénéficie également de la suspension des procédures d'exécution et conservera par conséquent son logement à condition de continuer d'honorer les loyers postérieurs à la décision de recevabilité¹⁶⁷¹. Il s'agit essentiellement du montant du loyer qui n'est pas compris dans la procédure. Après le dépôt de son dossier, il est donc recommandé au locataire de continuer à payer son loyer s'il le peut durant l'instruction de son dossier.

1226. La décision de suspension des procédures d'exécution vise en générale toutes les procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que les cessions rémunération ou les aides sociales si la caution en bénéficiait¹⁶⁷². En ce sens, la suspension des procédures d'exécution en matière de surendettement présente un avantage certain, contrairement à celle consécutive au jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de règlement préventif ou de redressement judiciaire. En revanche, dans les deux matières, la suspension des procédures d'exécution prend fin lors de l'adoption éventuelle d'un plan conventionnel.

II. Le bénéfice du plan conventionnel de redressement

1227. Lorsque l'examen du dossier de la caution débitrice a fait apparaître que celle-ci dispose d'un patrimoine suffisant pour désintéresser ses créanciers à court, moyen ou long terme, la commission favorise la conciliation entre la caution débitrice et ses principaux créanciers conformément aux articles L. 724-1 alinéa 1 et L. 732 -1. La mission de la commission consistera à amener les parties à élaborer un plan conventionnel de redressement afin d'aménager les modalités de paiement de la caution débitrice. Cette démarche de la commission sera, depuis l'entrée en vigueur du décret n° 2017-896 du 9 mai 2017¹⁶⁷³, tantôt facultative, tantôt obligatoire.

1228. Elle sera facultative si le débiteur ne dispose pas de biens immobiliers. Cette appréciation résulte d'une interprétation *a contrario* de l'article L. 732-1 précité et s'inscrit dans l'esprit de la

¹⁶⁷⁰ Art. L. 722-7 C. consom.

¹⁶⁷¹ V. en ce sens G. Raymond, *op. cit.* n° 1053.

¹⁶⁷² En cas d'impayés, il est fréquent que la CAF suspende le versement des restations sociales comme les APL à l'assuré insolvable en général et surendetté en particulier. Dans cette hypothèse, la recevabilité du dossier de surendettement du débiteur aura pour effet d'entraîner, sur recommandation de la commission, le rétablissement des droits précédemment suspendus.

¹⁶⁷³ D. n° 2017-896 du 9 mai 2017, relatif aux procédures de traitement des situations de surendettement pris pour l'application de l'article 58 de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n° 0109 du 10 mai 2017, texte n° 118.

première partie de cet article. La commission n'est pas tenue de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement si le débiteur n'est pas propriétaire d'un bien immobilier. Autrement dit, la caution débitrice qui n'est pas propriétaire d'un bien immobilier ne bénéficiera pas en priorité d'un plan conventionnel de redressement. La commission aura le choix entre les différents mécanismes de protection du surendetté que lui offre le législateur. Elle pourra ainsi orienter le dossier de ce dernier vers des mesures imposées ou naturellement vers le plan conventionnel si la caution débitrice présente des éléments d'actifs suffisants pour assurer le paiement partiel ou total des créanciers. En revanche, si la commission estime que la situation patrimoniale et financière de la caution surendettée présente des garanties suffisantes de paiement de ses créanciers, nonobstant l'absence d'un bien immobilier dans son patrimoine, elle peut choisir à ce moment de faciliter la négociation d'un plan conventionnel.

1229. Toutefois, la présence d'un bien immobilier dans le patrimoine de la caution débitrice contraint la commission à rechercher à encourager en priorité la caution et ses créanciers à négocier un accord conventionnel de paiement de ces derniers. Le sens de la seconde partie de l'article L. 732-1 est de considérer qu'un débiteur propriétaire d'un bien immobilier en plus de ses ressources présente plus de garanties et pourra davantage respecter les dispositions du plan s'il était adopté, contrairement au débiteur qui n'en dispose. Malgré tout, la portée de cette obligation est relative dans la mesure où elle n'offre pas toujours toutes les assurances de la solvabilité virtuelle ou imminente du débiteur. La caution débitrice pourrait disposer d'un bien immobilier sans que la valeur de celui-ci suffise à apurer son passif, qui pourrait contenir des dettes professionnelles¹⁶⁷⁴.

1230. En outre, le plan conventionnel comporte, à l'instar d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire, de nouvelles modalités de paiement des dettes du débiteur en l'occurrence la caution débitrice. Elle pourrait ainsi bénéficier des remises de dette, des délais de paiement ou des rééchelonnements de sa dette et devrait veiller à la bonne exécution du plan. Dans le cas contraire, elle s'expose aux poursuites en paiement de ses créanciers¹⁶⁷⁵ et ne serait pas recevable à demander l'ouverture d'une nouvelle procédure de traitement de sa situation de

¹⁶⁷⁴ V. en ce sens Civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, n° 91-04.035, JurisData n° 1992-001721 : les dettes professionnelles (V. Civ. 1^{ère}, 31 mars 1992, n° 91-04.011, Bull. civ. I, n° 107, p. 71) peuvent entrer dans le plan conventionnel de règlement.

¹⁶⁷⁵ CA Bordeaux, 14 oct. 2010, JurisData n° 2010-024333.

surendettement, à moins d'établir que celle-ci est consécutive à la survenance d'un fait nouveau¹⁶⁷⁶.

1231. En tout état de cause, la caution qui bénéficie de ces mesures du plan conventionnel, telles qu'acceptées par les créanciers¹⁶⁷⁷, peut diminuer le montant de sa dette et alléger l'ensemble de son passif en vue d'assurer son redressement. Le cas échéant, la commission lui suggérera peut-être une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire.

III. Le bénéfice du rétablissement personnel sans liquidation judiciaire

1232. Schématiquement, le rétablissement personnel est au débiteur surendetté *mutatis mutandis* ce que la liquidation judiciaire ou la liquidation des biens est au débiteur faisant l'objet d'une procédure collective, au-delà de l'existence d'une procédure similaire désormais en cette matière. Les deux situations témoignent de l'état de dégradation des difficultés du débiteur. Il n'est pas étonnant de constater des similitudes dans les conditions d'ouverture : la procédure de rétablissement personnel est ouverte à l'encontre de la caution débitrice lorsque sa situation est irrémédiablement compromise. Ce qui n'est pas sans rappeler la définition classique de la cessation des paiements, critère d'ouverture de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens.

1233. Cependant, force est de constater que les deux procédures ne produisent pas les mêmes effets. Le rétablissement personnel est donc ouvert à tout débiteur, y compris à la caution débitrice, dont la situation est irrémédiablement compromise¹⁶⁷⁸ au sens des articles L. 741-1 et L. 742-1 du code de la consommation. Cette notion qui n'est pas en réalité définie par le législateur renvoie à la situation du débiteur qui se trouve dans l'impossibilité d'apurer totalement son passif en dépit de l'application des mesures de traitement précédemment évoquées¹⁶⁷⁹. Par analogie avec le droit des procédures collectives, le rétablissement personnel est ouvert à la

¹⁶⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 2 juin 1993, n° 92-04.090, Bull. civ. I, n° 203 ; Civ. 1^{ère}, 7 mars 1995, D. 1995, IR, p. 91 ; Civ. 1^{ère}, 26 avr. 2000, n° 99-04.022.

¹⁶⁷⁷ G. Raymond, *op. cit.* n° 1063.

¹⁶⁷⁸ Cass. avis., 10 janv. 2005, n° 05-0001, RTD civ. 2005, p. 424, n° 1, note G. Plaisant ; TI Poitiers, 6 sept. 2004, JurisData n° 2004-254048.

¹⁶⁷⁹ Art. L. 731-7 et L. 733-7 C. consom. ; V. également *supra* n° 1213 s. ; Y. Picod et H. Davo, *op. cit.* n° 510 ; G. Raymond, *op. cit.* n° 1096.

caution débitrice qui a cessé ses paiements et ne peut plus faire l'objet d'un redressement judiciaire.

1234. La Cour de cassation précise un peu plus cette notion et les conditions d'ouverture du rétablissement personnel. Cette procédure concerne ainsi le débiteur qui se trouve dans « une impossibilité prévisible de retour à meilleure fortune dans un avenir proche ». Ce qui signifie qu'au regard de la situation patrimoniale et financière de la caution débitrice, la commission tentera de voir si la situation de celle-ci peut évoluer à court ou moyen terme pour assurer l'apurement de son passif. Si cette recherche s'avère négative, la commission prononcera l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel.

1235. Au demeurant, l'ouverture de cette procédure à l'encontre de la caution débitrice dont le recours en remboursement a été vain dans le cadre des procédures collectives scellera définitivement l'échec de la tentative de préservation de sa créance de remboursement. En soi cette procédure n'est pas favorable à la caution car elle ne lui permet pas de protéger l'intégralité de son patrimoine fragilisé par le paiement de la dette du débiteur principal ayant fait l'objet d'une procédure collective. En revanche, elle semble constituer pour celle-ci une mesure compensatrice qui lui permettrait de sauvegarder ce qui reste de son patrimoine afin de lui permettre de se relever et de reconstituer son patrimoine à condition de faire l'objet d'une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire des biens.

1236. Seule cette dernière procédure, contrairement au rétablissement personnel avec liquidation judiciaire¹⁶⁸⁰, offre à la caution débitrice, dont la situation est irrémédiablement compromise¹⁶⁸¹, davantage de chances d'espérer retrouver sa solvabilité d'antan. Elle y est éligible si elle ne dispose pas de biens mobiliers ou immobiliers d'une valeur marchande importante comparée à son passif conformément aux dispositions de l'article L. 741-1 du code de la consommation. L'effet principal de cette procédure est d'entraîner l'effacement des dettes du débiteur¹⁶⁸² en l'absence de contestation de la décision de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire. Autrement dit, les dettes de la caution débitrice nées avant la décision de recevabilité de son dossier ou celles nées avant le jugement du tribunal statuant sur la contestation de la décision d'ouverture de la procédure de rétablissement personnel seront effacées. Il est donc impératif que

¹⁶⁸⁰ Art.L. 742-1 C. consom.

¹⁶⁸¹ G. Raymond, *op. cit.* n° 1097 s.; L. Bourgeol et G. Mégret, *op. cit.* n° 295 s.

¹⁶⁸² Art. L. 741-2 C. consom.

la caution veille à inscrire toutes ses dettes exigibles et celles à échoir dans son dossier en vue de son instruction par la commission de surendettement.

1237. Cette mesure de faveur s'impose à tous les créanciers dont la créance a fait l'objet d'un traitement dans le cadre de l'instruction et de l'examen de la situation du débiteur, peu importe qu'ils aient été avisés ou non. En revanche, la situation des créanciers non connus peut poser problème dans le silence de la loi qui ne prévoit ni l'opposabilité de l'effacement de leur dette, ni l'inopposabilité de la mesure à leur égard. Contrairement au créancier connu et non avisé, le créancier dont la dette n'a pas fait l'objet d'une déclaration par le débiteur en difficulté peut estimer que la mesure ne le concerne pas, d'autant plus qu'elle ne concerne pas les dettes des créanciers connus lorsqu'elles sont postérieures au jugement prononçant le rétablissement personnel. *A fortiori* celles non connues. Face à cette situation, rien ne semble s'opposer à ce que les créanciers non visés par la procédure réclament le paiement de leur créance. Néanmoins, même dans cette situation la caution pourra faire valoir ses difficultés auprès du juge et obtenir un moratoire. Elle pourra en faire autant si elle est poursuivie par les créanciers professionnels et les créanciers de l'article L. 711-4 du code de la consommation.

1238. Cependant, les dettes professionnelles non effacées pourront également faire l'objet d'un autre traitement, notamment dans le cadre du rétablissement professionnel. A l'instar du rétablissement personnel dont le législateur de 2014¹⁶⁸³ s'est inspiré, la procédure de rétablissement professionnel¹⁶⁸⁴ améliorée par la loi du 22 mai 2019¹⁶⁸⁵ dite loi Pacte¹⁶⁸⁶ a pour but de parvenir à l'effacement des dettes professionnelles du débiteur. La caution personne physique peut en profiter en tant que débiteur, pour le traitement de ses dettes professionnelles, notamment lorsqu'elle « n'a que très peu d'actifs, afin de lui permettre de se réinstaller »¹⁶⁸⁷.

1239. Au demeurant, cette procédure présente *mutatis mutandis* les mêmes caractéristiques que son modèle du code de la consommation et favorise le rebond du débiteur. L'idée est de

¹⁶⁸³ Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 (art 83 s.), préc.

¹⁶⁸⁴ Art. L. 645-1 du code de commerce.

¹⁶⁸⁵ L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, JORF 0119 du 23 mai 2019 texte n° 2.

¹⁶⁸⁶ L. Cotret, Loi PACTE : évolution actuelle et à venir en matière de droit des entreprises en difficulté, RLDA – supplément au n° 151, sept. 2019, p. 29 s. ; M. Menjucq (et al.), Loi PACTE et procédures collectives, Rev. proc. coll. juill.-août 2019, doss. 23 à 26, p. 27 s. : cette loi comporte notamment des dispositions qui visent à favoriser le rebond du débiteur et des entrepreneurs.

¹⁶⁸⁷ C. Saint-Alary-Houin, *op. cit.* n° 1410.

permettre aux petites entreprises et autoentrepreneurs d'éviter une liquidation des biens, qui mettrait un terme à leur activité, de générer à nouveau des profits nécessaires au maintien et au développement de celle-ci.

1240. pour autant, cet avantage doit être nuancé dans la mesure où le débiteur qui en bénéficie fera, en contrepartie, l'objet d'une inscription au FICP pour une période de 5 ans au cours de laquelle malheureusement il ne pourra obtenir de crédit dans la pratique. Le rebond devra se faire sur fonds propres et un patrimoine déjà amoindri du débiteur.

CONCLUSION GENERALE

1237. Pour reprendre les termes de l'auteur du Livre de l'Ecclésiaste, payer, lorsque l'on s'est porté caution, c'est là ce que doit faire toute caution lorsque le débiteur est insolvable. Il ne doit donc pas s'attendre à autre chose. Ces propos de l'auteur aussi durs soient ils constituent, au terme de cette étude, une réalité implacable, heureuse pour le créancier qui s'est protégé de l'insolvabilité de son débiteur, et souvent très délicate pour la caution. Le législateur des procédures collectives semble faire la pluie et le beau temps s'agissant des cautions en fonction de ce qui convient aux entreprises, il choisit tantôt de se taire, tantôt de parler et de protéger ou alors d'exclure la caution de toute forme de protection s'il le juge nécessaire.

1238. Se taire, il l'a fait pendant de très nombreuses années. La caution ne disposait pas d'une protection particulière après l'ouverture d'une procédure collective du débiteur principal. La jurisprudence et la doctrine ont souvent parlé à sa place, soit pour faire condamner la caution au paiement, dès lors que celle-ci s'est engagée à payer si le débiteur est défaillant. La finalité du cautionnement était alors mise en avant, ce qui, on peut bien l'imaginer, ne réjouissait pas nécessairement la caution dont la dette pouvait être exorbitante. Soit, ils suggéraient de considérer qu'elle pourrait profiter des mesures de protection qu'offre le législateur au débiteur pour protéger son patrimoine restant et son activité. Après tout, son engagement était accessoire. Rien ne justifiait donc qu'elle ne se prévale pas des remises de dette lorsqu'elles étaient accordées au débiteur. Elle pouvait ainsi profiter des bienfaits reconnus au caractère accessoire de son engagement. Ce que certains auraient pu considérer comme une incertitude, tant le sort de la caution était fixé en fonction de la sensibilité de son interlocuteur, était perçu, par d'autres, comme une question majeure relative à l'insécurité juridique, tant pour la personne, que pour l'entité économique qu'elle représentait, le secteur d'activité qui était le sien, les salariés. Les Etats souhaitent attirer les investisseurs sur leur territoire pour soutenir la croissance, développer les services, mettre en place un certain nombre d'infrastructures. Le législateur devait donc agir afin assurer un minimum de sécurité juridique aux potentiels investisseurs.

1239. Le législateur français s'y est donc pris en premier par rapport à son homologue communautaire dont la naissance se discutait encore lors des rencontres officielles de certains chefs Etats africains qui, faute d'une grande expertise juridique, ont systématiquement adopté la loi française pour protéger leurs concitoyens et les investisseurs en demande de protection. Dans

ce contexte, le législateur français a alors eu une réaction qui va bouleverser quelques années plus tard le traitement des difficultés des entreprises : impliquer la caution dans la prévention des difficultés de l'entreprise. Comme sous Justinien, la protection de la caution a pris son envol. Elle peut désormais bénéficier de la règle caractéristique des procédures collectives qui a bravé le temps et traversé les frontières : l'arrêt des poursuites des créanciers antérieurs. Le sort de la caution était ainsi aligné sur celui du débiteur principal, nonobstant quelques restrictions liées à la qualité de garant.

1240. Parallèlement, le législateur communautaire africain, né entre temps, ne souhaite pas parler plus haut ou au moins comme son homologue français. Il choisit alors de ne pas faire mieux que celui-ci. On relève l'incertitude juridique paradoxale de la situation faite à la caution, dans un Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, le traité souhaitant rompre une telle insécurité et assurer la protection de ses partenaires économiques et du développement de l'espace virtuel OHADA. Pour reprendre un auteur, le législateur OHADA choisit à son tour la neutralité¹⁶⁸⁸ de son droit des procédures collectives. Nouvelle incertitude de la situation de la caution. La caution peut alors être immédiatement poursuivie par le créancier si la dette est exigible. La législation africaine était alors moins attractive car moins protectrice des intérêts de la caution du débiteur en difficulté. Laquelle n'a pas moins la qualité d'investisseurs que les créanciers très favorisés par l'ouverture de la procédure collective.

1241. Par ailleurs, pour mieux être entendu du débiteur, des créanciers et du dirigeant caution, le législateur français va doublement amplifier sa stratégie de 1994 lors de la réforme de 2005 et entraîner dans son sillage la réforme de l'AUPC une dizaine d'années plus tard de sorte que les deux législateurs parlent désormais le même langage. Le quel ?

Comme le soulignent plusieurs auteurs¹⁶⁸⁹, le droit contemporain des procédures collectives, tel qu'appliqué à la caution sur le territoire français et dans l'espace OHADA, est un droit intéressé. En s'intéressant à la prévention des difficultés de l'entreprise, il instrumentalise la situation du dirigeant caution pour appréhender les difficultés de l'entreprise en amont. Le débiteur est incité à solliciter les plus rapidement possible la protection judiciaire. Si le débiteur remplit cette condition, la caution est admise à se prévaloir du système de protection dont profite le débiteur.

¹⁶⁸⁸ P.M. Le Corre, L'évolution du droit des sûretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* p. 213.

¹⁶⁸⁹ N. Picod, *op. cit.* n° 5 s.

En droit français comme en droit OHADA, la logique est la même, la caution est protégée, non pas à titre principal, mais exceptionnellement, pour prévenir les difficultés du débiteur. Dès lors, les mesures caractéristiques inhérentes à la discipline collective ne peuvent pas profiter à la caution, par principe. La situation change si le dirigeant veille à ce que son entreprise ne cesse pas ses paiements ou si le débiteur n'a pas été négligent dans la gestion préventive de ses difficultés. Les procédures de conciliation et de sauvegarde sont très avantageuses pour la caution personne physique en droit français. Le législateur africain a misé également sur les procédures préventives équivalentes en même temps qu'il reconnaît la procédure de redressement judiciaire. Le législateur OHADA se démarque parfois de son homologue français, ce pari peut être payant non pas pour la prévention de la cessation des paiements, mais pour celle de la liquidation des biens.

1242. Aussi, La caution qui a payé est protégée dans le cadre de liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens si celle-ci est clôturée pour insuffisance d'actif ; la caution peut poursuivre le débiteur. La caution bénéficie de la sorte d'un avantage, dont, jadis, sous les apparences de *l'adpromissor*, elle était privée, de sorte qu'elle était traitée comme un codébiteur solidaire ou un débiteur *bis*¹⁶⁹⁰, lorsqu'elle avait payé dans le cadre d'une procédure civile.

1243. C'est justement grâce à l'exercice de recours que l'on peut mesurer l'impact réel de la discipline collective sur l'engagement accessoire de la caution en général, et non pas seulement eu égard aux avantages consentis à la caution personne physique. En effet, le recours en remboursement est le gage du respect du caractère accessoire de l'engagement de la caution. Le paiement effectué par cette dernière ne doit pas déstructurer le caractère accessoire de son engagement, ni les mesures de protection du débiteur en difficulté la conduire à supporter la charge définitive de l'insolvabilité de ce dernier, il en va de l'équilibre de leur relation, et, plus encore de la responsabilisation du débiteur. La caution s'engage à payer ce que doit le débiteur et à se faire rembourser, mais comment peut-elle exercer son recours lorsque le législateur semble dispenser le débiteur, même implicitement, de sa responsabilité du paiement de sa dette à travers les mesures inhérentes à la discipline collective. A moins, de vouloir faire de la caution qui a payé un débiteur *bis* et un nouveau débiteur en difficulté, une amélioration du dispositif de protection était nécessaire et l'est encore. Il vaut mieux une caution qui paie et qui conserve les

¹⁶⁹⁰ V. *supra* n° 26 s.

chances de recouvrer sa créance, qu'une caution protégée, mais hésitant de peur de perdre son patrimoine une fois qu'elle aura payé. Ceci est d'autant plus vital pour le droit OHADA qu'il n'offre pas de réelles perspectives de redressement de la caution *solvens* en difficulté.

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

I. OUVRAGES GENRAUX, TAITES, MANUELS ET COURS

ALBARIAN (A.), MOURON (P.) et BRIGNON (B.), Droit commercial. Sociétés commerciales 2014, Lamy Wolters Kluwer - 2014, Coll. Axe Droit.

ALGADI (A.S.), Contrats et droit OHADA des procédures collectives : étude à la lumière du droit français, L'Harmattan - 2009.

AYNES (L.) et CROCQ (P.), Les sûretés et la publicité foncière, 7^e éd. LGDJ - 2014.

AYNES (L.) et CROCQ (P.), Droit des sûretés, 12^e éd. LGDJ - 2018.

BLACK YONDO (L.), BRIZOUA-BI (M.), FILLE LAMBIE (O.), LAISNEY (L.-J.) et MARCEAU COTTE (A.), Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, (Dir. Pierre CROCQ), Lamy - 2012, Coll. Axe Droit.

BENABENT (A.), Droit civil. Les obligations, 17^e éd Montchrestien - 2018.

BOURASSIN (M.) et BREMOND (V.), Droit des sûretés, 6^e éd. Sirey - 2018.

CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) et PETEL (P.), Droit des sûretés, 10 éd. Litec - 2015.

CAGNOLI (P.), FIN-LANGER (L.), REGNAUT-MOUTIER (C.), Difficulté des entreprises-commentaire article par article du Livre VI du code de commerce, 5^e éd. Litec - 2009, Coll. Litec professionnels.

CERATI-GAUTHIER (A.), Nouvelle réforme des entreprises en difficulté (ord. du 18 décembre 2008), Edilaix - 2009.

CERLES (A.), Le cautionnement et la banque, 2^e éd. Revue Bancaire - 2008.

CHAUDET (F.), CHERPILLOD (A.) et LANDROVE (J.C.), Droit suisse des affaires (code des obligations du 30 mars 1911), 3^e éd. Helbing Lichtenhahd-Bruylant - 2010.

CHVIKA (E.), Droit privé et procédures collectives, Defrénois - 2003.

DE SABA (A.A.), La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales. Droit de l'OHADA et pratiques européennes, 2^e éd. Global finance securities - 2011.

FARGE (M.), Les sûretés, PUG - 2007.

GRIMAUD (D.), Le caractère accessoire du cautionnement, PUAM - 2001.

GUERCHOUN (F.), Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles, Delmas - 2008.

LE GALLOU (C.), Droit des sûretés-Droit des entreprises en difficulté, 2^e éd. Larcier - 2015, Coll. Paradigme.

LEGEAIS (D.), La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer, in Les mélanges Ph. SIMLER, DALLOZ-LITEC - 2006.

MALAURIE (P.) et AYNES (L.) (collaboration CROCQ P.), Les sûretés-La publicité foncière, 8^e éd. LGDJ - 2014.

MANDESSI BELL (E.), Manuel pratique des procédures collectives d'apurement du passif des entreprises en difficulté dans les pays de la zone OHADA, Ohada legis - 2005, Coll. Droit OHADA.

MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D.) et THOUVENOT (S.), Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, éd. Litec - 2004, Coll. JurisClasseur affaires finances.

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.), Leçons de droit civil-Obligations, 9^e éd. Montchrestien -1998.

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.) (collaboration PICOD Y.), Leçons de droit civil. Sûretés-Publicité foncière, 7^e éd. Montchrestien - 1999.

MINKOA SHE (A.), Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, Tome 1 : les garanties personnelles, Dianoia - 2010.

PEROCHON (F.), Entreprises en difficulté, 11^e éd. LGDJ-2014, Coll. Manuel.

PETEL (P.), Procédures collectives, 5^e éd. Dalloz - 2006, Coll. « cours ».

PICOD (Y.), Droit des sûretés, PUF - 2016, Coll. Thémis.

PICOD (Y.) et DAVO (H.), Droit de la consommation, 2^e éd Sirey - 2010.

PIEDELIEVRE (S.), Droit des sûretés, 2^e éd. Ellipse - 2015, Coll. Cours magistral.

POTHIER, Traité des obligations, Dalloz - 2014, Préf. HALPERIN J.-L.

POULALION (G.), L'ouverture de l'Europe vers l'Est, Presse univ. François Rabelais - 2004, hors coll.

RAYMOND (G.), Droit de la consommation, 5^e éd LexisNexis - 2019.

ROMAN (B.), Droit du cautionnement, Ellipses - 2005, Coll. Mise au point.

ROUSSEL-GALLE (P.), Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, Litec - 2005, Coll. « Carré droit ».

SAINT-ALARY (B.) et BOCCARA (M.), Les garanties du crédit, éd. J.N.A- Le journal des notaires et des avocats - 1998, Préf. RIVES LANGE J.L.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Droit des entreprises en difficulté, 11 éd. LGDJ-2018.

SAWADOGO (F.M.), OHADA- Droit des entreprises en difficulté, Bruylant - 2002.

SIMLER (P.), Codification ou recodifier le droit des sûretés personnelles ? : in Livre du Bicentenaire du code civil, Dalloz-Litec - 2004.

SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.), Droit civil : les sûretés, la publicité foncière, 7^e éd. Dalloz - 2015, Coll. Précis droit privé.

SORTAIS (J.P.), Les entreprises en difficulté. Les mécanismes d'alerte et de conciliation, 2^e éd. LGDJ - 2016, coll. systèmes, Préf. SIMON P.

TERRE (F.), SIMLER (P.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil-Les obligations, 11^e éd. Dalloz - 2013.

II. OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES

AGBENOTO (K.M.), Cautionnement à l'épreuve des procédures collectives, Thèse, Le Mans - 2008.

ALQUIE (A.), De la *fidejussio* en droit romain. Du cautionnement en droit français, Thèse, Paris, Impression d'Edmond Donnaud, 1874.

ANSAULT (J.J.), Le cautionnement réel, Defrénois - 2009, Préf. CROCQ P.

ARTHOZOUL (M.), Le cautionnement dans le redressement et la liquidation judiciaires, Thèse, Toulouse - 2002.

BETTY KOTO TCHEKA (A.), Le règlement préventif dans l'espace OHADA au regard du droit français des procédures collectives, EPU - 2014, Préf. PETEL P.

BLATT (M.A.), Les délais de paiement, (2 tomes) Thèse, Toulouse - 1997.

BLOUD-REY (C.), Le terme dans le contrat, PUAM - 2003, Préf. GAUTIER P.Y.

BORGA (N.), L'ordre public et les sûretés conventionnelles, contribution à l'étude de la diversité des sûretés, Dalloz - 2009, Préf. PARCHY SIMON S.

BROCARD (E.), La place du cautionnement dans les procédures de règlement du passif et de redressement du débiteur : essai sur la nature accessoire du cautionnement, Thèse, Reims - 1996.

BUSSIERE (F.), Les garanties personnelles et les procédures collectives, Thèse, Paris 1 - 2002.

CADIET (L.), La caution et le procès civil, Thèse, Paris 1 - 2011.

CAGNOLI (P.), Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, LGDJ - 2002.

DJIMASNA (N.), Réflexion sur l'efficacité des sûretés personnelles dans le droit uniforme issu du Traité de l'OHADA, ANRT - 2018.

FESTY (F.), Du cautionnement en droit romain et en droit français, Thèse, Caen - 1896.

GAUDIN (L.), La patience du créancier : contribution à l'étude de l'effectivité du paiement contractuel, Defrénois - 2009, Préf. PIGNARRE G.

GJIDARA (S.), L'endettement et le droit privé, LGDJ 1999, Préf. GHOZI A.

GOMEZ (J.R.), Entreprises en difficulté, lecture de l'Acte Uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français, Bajag-Meri - 2003.

GOUBEAUX (G.), La règle de l'accessoire en droit privé, tome 93, LGDJ - 1969, Coll. bibliothèque de droit privé, Préf. TALLON D.

GRIMAUD (D.), Le caractère accessoire du cautionnement, PUAM - 2001, Préf. LEGEAIS D.

GRIMONPREZ (B.), De l'exigibilité en droit des contrats, LGDJ - 2006, Préf. OPHELE C.

HUPRELLE (L.), La caution dirigeante, Thèse, Montpellier 1 - 2014.

HONTEBEYRIE (A.), Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français, Economica - 2004, Préf. AYNES L. Coll. recherches juridiques.

JAMES (J.C.), La situation des créanciers gagistes dans les procédures collectives, Thèse, Dijon - 1995.

JUILLET (C.), Les accessoires de la créance, Defrénois - 2009, Préf. LARROUMET C.

KOUAKOU (E.), La portée du caractère accessoire du cautionnement, Thèse, Nice - 1985.

KOUMBA (E.M.), Droit de l'OHADA : prévenir les difficultés des entreprises, éd. L'Harmattan - 2013.

LE MAGUERESSE (Y.), Des comportements fautifs du créancier et de la victime en droit des obligations, PUAM - 2007, Préf. MARTIN D.

MOULY (C.), Les causes d'extinction du cautionnement, Litec - 1979, Coll. Bibliothèque droit de l'entreprise, Préf. CABRILLAC M.

OBELLIANE (S.), Les sources des obligations, PUAM - 2009, Préf. FENOUILLET D.

PERRU (E.), L'impayé, LGDJ - 2005, Préf. GOUBEAUX G.

PICOD (N.),

La remise de dette en droit privé, Dalloz - 2013, Préf. SAINT-ALARY-HOUIN C.

La caution dans les procédures de traitement des difficultés de des entreprises, PUAM - 2008, Préf. SAINT-ALARY-HOUIN C.

PRISO (L.L.), Le sort des sûretés dans les procédures collectives après la réforme du 25 janvier 1985, Thèse, Paris 12, 1991.

RICHARD (A.), Le paiement de la dette d'autrui, PUAM - 2007, Préf. DONNIER J-B.

ROMANI (A.-M.), La banque dans tous ses (E)états. Intermédiation et croissance : regards croisés France, Belgique, Italie, Maroc, Sénégal, Mare et Martin - 2016.

ROUZE (V.), De la déchéance du terme en cas de faillite de liquidation judiciaire et de déconfiture, Thèse dactyl., Paris - 1904.

SAWADOGO (C.), La prévention des difficultés dans les Etats d'Afrique francophone, Thèse, Paris - 2006.

SOUPGUI (E.), Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA, Ohada D-08-43.

TANGER (M.), Les créanciers antérieurs dans la loi fédérale américaine sur la faillite. Etude des Chapitres 11 et 7 du Titre 11 du United States Code, Thèse, Guyane - 2001.

THISSE (R.), Etude comparée sur l'histoire et le rôle actuel du cautionnement et de la solidarité, Thèse, Montpellier - 1895.

TCHAKOTTEU MESSABIEM (L.), Droit OHADA-Droit français. La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif, L'Harmattan - 2015, Préf. Evelyne Micoud.

WOITIER (M.), La caution et le procès civil, Thèse Paris 1 - 2011.

III. ARTICLES ET CHRONIQUES

ALGADI AZIBER (S.), « Commissaire aux comptes et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA », Rev. dr. africain 2010, n° 870, p.5 s.

ALIX (P.), « Les poursuites individuelles non suspendues par l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire », Gaz. Pal. 1996, I, doctrine 412 ;

AMIGUES (B.) et POMMIER (F.), « Le sort des cautions, coobligés et garants autonomes dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », LPA 9mars 2005, p. 8 s.

ANCEL (P.), « Le cautionnement des dettes de l'entreprise », D. 1989, p. 194 et 195

ATANGANA-MALONGUE (M.-T.), « Le cautionnement réel dans l'acte uniforme OHADA », Penant juillet-septembre 2010, n° 872, p.277 s. ; Recueil d'études sur l'OHADA et l'UEMOA, PUAM vol.1, coll. Horizons juridiques africaines, p. 323 et s.

AUBERT (F.), « Les finalités des procédures collectives » in prospectives du droit économique dialogue avec Michel Jeantin, D. 1999, p.367 s.

AYNES (L.),

« Droit du crédit (cautionnement) », Dalloz 1993, somm., p. 309 s.;

« Cautionnement : une regrettable entorse au principe de l'accessoire », LPA 31 janv. 1997, n° 14, p. 15 et s.

BANDRAC (M.), « Sûretés. Publicité foncière », RTC. com. 1992, p. 309 s.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur », RTD civ. octobre-décembre 1993, 737.

BERGER (C.), « Le sort de la caution en cas de cession de contrat dans le cadre d'une procédure collective », D. 2003, n° 25, doc. P. 1682 s.

BERTRAND (T.), « Les problèmes posées par les sûretés dans le financement des systèmes par satellites », Penant avril-juin 2004, n° 847, p. 141 s.

BLANC (G.), « La nouvelle procédure de sauvegarde des entreprises, in La loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises », colloque université Aix-Marseille 16 nov. 2005, PUAM 2006, p. 22 s.

BOULLEZ (C.), « La caution solidaire et le redressement judiciaire du débiteur principal : incidence des remises prévues au plan de continuation de l'entreprise », Gaz. Pal. D. 11 janv. 1994, p.46 s. ;

BOUTEILLER (P.), « Les incidences de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises sur le contrat de cautionnement », JCP E 1984, I, 13512, p. 205 s. ;

BRIGNON (B.), « Sort des créances non déclarées et cautionnement solidaire », Rev. proc. coll. sept-oct. 2011, n°2, p. 18

BRIZOUA-BI (M.), « Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA », Dr. et patrimoine nov. 2010, n°197, p. 60 s.

BROU KOUAKOU (M.), « Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire », Penant juillet-septembre 2006, n° 856, p. 273 s.

CABRILLAC (M.), « Les incidences du jugement d'ouverture sur les instances en cours et à venir », Gaz. Pal. 1987, I, doctrine 178.

CABRILLAC (M.) et PETEL (P.), « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », JCP E. 1991, I. 100, n° 49, p. 509 s.

CALENDINI (J.M.), « Le point de vue du banquier sur le cautionnement », LPA n° 115, sept. 1991, p.10 s.

CAMPANA (M.-J.),

« le cautionnement et l'entreprise en difficulté », Gaz. Pal. 26 nov. 1986, p 717 s.

« Les droits des créanciers article 40 de la loi du 25 janvier 1985 », RD banc. et fin. Mai-juin 1991, p. 81 s.

« Plan de redressement. Continuation de la procédure. Cession », RTD. com. oct-déc. 1989, p.727 s.

CANET (P.), « Les voies d'exécution issues de la loi du 9 juillet 1991 face au redressement et à la liquidation judiciaires », Rev. proc. coll. 1995, p.265 s. ;

CASTEL (R.) et ROMAIN-HUTTIN (A.), « Le bail commercial à l'épreuve des procédures collectives », Rev. Lamy dr. aff. Avr. 2010, n° 48, p.65 s.

CHAPUT (Y.), « Le règlement amiable », JCP E 1985, II, 14455, n° 60.

CISSE (A.), « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : L'expérience de l'OHADA à l'épreuve de sa première décennie »,

COCHET (P.), « Remises de dettes consenties par les créanciers publics en faveur des entreprises en difficulté », LPA 21 déc. 2007, n° 255, p. 8 et s.

COUDERT (J-L.),

« Procédures collectives : la caution est-elle encore engagée après la prise en charge d'un contrat de prêt par un cessionnaire ? », LPA 14 juin 1999, n° 117, p.8 s. ;

« Poursuites d'une caution solidaire d'un débiteur en redressement judiciaire », LPA 24 décembre 1993, n° 154, p. 18 s.

COURTIER (J-L.),

« Influence du droit des entreprises en difficulté sur celui du cautionnement », LPA 24 mai 1996, n° 63, p. 13 s.

« Considérations sur l'article 169 de la loi du 10 juin 1994 », LPA 1995, n° 48, p. 12.

CROCQ (P.),

« Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », Dr. et patrimoine nov. 2010, n°197, p.52 s. ;

« Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés », Dr. et pat. mars 2006, n° 146, p. 90 s. ;

« La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », D. 2006, chron. p.1306 s., spéc. p. 1307, n° 11 ;

CUIF (P.F.), « L'attribution judiciaire de l'immeuble hypothéqué : spécificité et efficacité », Rev. Lamy dr. civ. mars 2010, n° 69, p.25.

DAMMAN (R.), « La situation des banques, titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », Banque et droit, septembre-octobre 2005, n° 103, p. 16 s.

DAMMAN (R.), HART de KEATING (C.) et LECUYER (H.), « Gage, nantissement, droit de rétention et fiducie », Actualité du droit des procédures collectives : une décennie de journées de formation à la colle-sur-loup, le 18 juin 2009, congrès du CNAJMJ : LPA 22 avr. 2010, n° 80, p. 4 ;

DELABRIERE (A.), « L'article 11 de l'acte uniforme sur les procédures collectives : outil de sauvegarde ou de discrimination ? », Rev. dr. africain 2010, n° 870, p. 53 ;

DELATTRE-BEYNET (F.), « Cautionnement et entreprise : difficultés pratiques », Droit et patrimoine, juillet-août 2008, n° 172, dossier, p. 82 s.

DELEBECQUE (P.), « Cautionnement », Rev. pro. coll. 1992-1, p.74 s.

DELVILLE (V.), « Les incidences de la clôture de la Liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif sur le cautionnement », JCP G, I, 3961, p. 358 ;

DERRIDA (F.), « Redressement et liquidation judiciaires : le cautionnement du débiteur et le plan de cession », LPA 31 janv. 1997, n° 14, p. 19 s.

DERRIDA (F.), SORTAIS (J.P.) « La réforme du droit des procédures collectives », D.1994, chronique 267 ;

DERRIDA (F.), GODE (P.), SORTAIS (J.P.) (avec la collaboration d'**A. Honorat**), « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », D. 1991, 3^e éd., n° 542.

DEVEZE (J.), « Le cautionnement des entreprises en difficulté : brèves observations sur la loi du 10 juin 1994 », LPA n°122 octobre 1994, p.10 s. ;

DISSAUX (N.), « Le sort du cautionnement en cas d'absence de déclaration de créance au passif du débiteur principal », JCP E 2011, n° 36, 8 sept. 2011, p.15 s.

DOM (J.P.), « Le contexte international du nouveau droit des procédures collectives », Rev. proc. coll. juin 2006, n° 2, p.124 s. ;

DUMONT-LEFRAND (M.-P.), « Les recours de la caution solvens contre le débiteur en liquidation judiciaire, une fois la procédure clôturée pour insuffisance d'actif (Cass. com., 12 mai 2009) », LPA 26 avr. 2010, n° 82, p.10 ;

DUPICHOT (P.), « Les sûretés personnelles », LPA 14 avr. 2010, n° 74, p. 6 s.

FARGE (M.) et GOUT (O.), « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », Rev. Lamy dr. aff. 2009, n° 58, p. 25 s.

FENEON (A.), « Règlement préventif : analyse critique », Rev. dr. africain 2010, n° 870, p.15 ;

FRAIMOUT (J.J.), « La caution exerçant ses recours », Gaz. Pal. 16 sept. 2000, n° 260, p. 11 s.

GATSI (J.), « L'action directe du sous-traitant dans le cadre de la procédure collective de l'entrepreneur principal », JCP. E 2000, comm. 308.

GAVALDA (C.) et MENEZ (J.), « Le règlement amiable », JCP E 1985, I, 3196, n° 26.

GHESTIN (J.), « La distinction des parties et des tiers au contrat », JCP 1992, I, 3628.

GHOZI (A.), « Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif », RTD com. 1978, n° 8, p.1 s.

HENRY (L.-C.), « La période d'observation. Délimitation des créances antérieures et postérieures », Gaz. Pal. 16-17 avr. 2010, p.24 s.

HOUTCIEFF (D.),

« La remise en cause du caractère accessoire du cautionnement », RD. banc. et fin. Septembre 2012, n°5 ;

« Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », RTD civ. 2006, note 39, p. 201 et 202

ISSA SAYEGH (J.),

«Le nouveau droit des garanties de l'OHADA », communication faite au premier colloque de l'Association ivoirienne Henri Capitant, 2 avr. 2002, Actes du colloque, p. 159 ;

«Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté droit OHADA », Ohadata D-09-41 ;

« Présentation des dispositions sur les procédures collectives d'apurement du passif », Ohadata D-06-07, 27p.

« Contrats et obligations, Extinctions des obligations, Paiement : modalités, époque et lieu, Juris-Classeur civil, art. 1235 à 1248, Fasc. 40, 2006 ;

JALLAMION (C.) et LISSANTI (C.), « Le cautionnement : perspectives historiques et contemporaines, Dr. et patr. 2008.

JAZOTTES (G.), « Les innovations des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire », Rev. proc. coll. avr. 2005, p. 358, spéc. p. 361 s.

LAMARCHE (T.), « La notion d'entreprise », RTD com. 2006, 709 et s., sp. 719, n° 18.

LEBLOND (N.), « Précisions sur les recours de la caution après une liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif, et peut-être un peu plus... », Rev. proc. coll. sept.-oct. 2009, Etude 26, p. 24 s.

LE CORRE (P.-M.),

« Les cautions, codébiteurs, garants et le conjoint », Gaz. Pal. 4-5 novembre 2005, p. 3737 s.

« La notion de difficultés que le débiteur ne peut surmonter » (à propos de CA Paris, pole 5, 9^e ch., 25 fév. 2010 : affaire Cœur Défense) : Gaz. Pal. 16-17 avr. 2010, p. 13 s.

« Les garants et le conjoint. Les cautions, les codébiteurs et les garants », Gaz. Pal. 16-17 avr. 2010, p.40 ;

« La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », Gaz. Pal. 8-10 mars 2009, p. 811 s. ;

« La poursuite de la caution personne physique d'un débiteur ayant obtenu un plan de redressement », Gaz. Pal. 12-13 octobre 2012, p. 7 s.

« Faut-il encore payer ses dettes dans le droit des entreprises en difficulté ? », LPA 2006, n° 63, p.9 s.

« Le sort du cautionnement en l'absence de déclaration de créance au passif sous l'empire de la loi de sauvegarde », Gaz. Pal. 7 et 8 oct. 2011, doc., 2740.

« Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises », interv. Colloque Crajeffe, Nice 27 mars 2004, LPA 10 juin 2004, n° 116, p. 25 et s. spéc. p. 30.

« L'évolution du droit des sûretés dans sa confrontation au droit des entreprises en difficulté », in F. Macorrig-Venier, Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur, coll. CDA du 16 mars 2017, PUT 2017, p. 213 s.

LE CORRE-BROLY (E.),

« Les créanciers antérieurs. Déclaration, vérification et admission des créances », Gaz. Pal. 16-17 avr. 2010, p.34 ;

« Les modifications apportées en matière de revendications et restitutions, in Loi de Sauvegarde : première réforme », Gaz. Pal. proc. coll. 8-10 mars 2009, p. 832 s.;

LE CORRE (P.-M) et LUCAS (F.-X.), « Droit des entreprises en difficulté », D. 8 oct. 2015, pan. 1970, p. 34 s.

LEFORT (C.), « Le sort d'une saisie conservatoire de créances pratiquée antérieurement au jugement d'ouverture d'une procédure collective », Dr. et proc. juillet-août 2003, n° 4, p. 204 ;

LEGEAIS (D.),

« La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in les Mélanges P. SIMLER, p. 367 s.;

« La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », Dr. et patrimoine avr. 2001, n°92, p.68 s. ;

LEGEAIS (D.) et CERLES (A.), « Garanties et sûretés, RD banc. et fin. sept.-oct. 2005, p. 16 s.

LEGUEVAQUES (C.), « La loi de sauvegarde et les cautions : au bonheur des cautions ? », RD bancaire et financier janv.-fév. 2006, p.72 s. ;

LETULLE-JOLY (C.), « Les garanties du financement. Le cautionnement », in 82^e congrès des notaires de France, Nice 1986.

LEVOA AWONA (S.-P.), « Cautionnement et procédures collectives en droit des procédures collectives OHADA : la poursuite de la caution d'une entreprise en droit OHADA », Banque et Droit n° 144, p. 6 s. ;

LOMBARD (P.) et ROUX (J.), « Une chance pour l'entreprise, un risque pour les créanciers », in Dossier « La loi de sauvegarde dans tous ses états » : Revue Banque 2010, n° 720, p. 24 ;

MACORIG-VENIER (F.), « L'anticipation des difficultés de l'entreprise. Modernité du droit français et approche comparatiste », in Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après ? Etats des lieux et projections, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, p. 339 s.

MACORIG-VENIER (F.) et SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La situation des créanciers dans la loi du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises », RD bancaire et financier, janv.-fév. 2006, p. 60 s.;

MACQUERON (J.), obs. in « Le cautionnement, moyen de pression dans la pratique contemporaine de Cicéron », annales faculté de droit Aix-en-Provence, t. L, 1958.

MARIE (C.), « Cautionnement et surendettement ou les cautions oubliées des procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers (Loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 modifiée par la loi n° 95-125 du 8 février 1995) », Rev. proc. coll., n°1996-2, p.149 s.

Martial-Braz (N.), « Les recours de la caution au cœur de la tempête ! », D. 2013, 14/7551, n° 17.

MBAYE MAYATA (N.), « Réflexions sur la modification du concordat préventif en droit OHADA », Revue de droit africain 2010, n° 870, p. 28.

MONSERIE-BON (M.-H.), « Le plan de sauvegarde issu de la loi du 26 juillet 2005 », Dr. et Pat. Mars 2006, n° 146, p. 73 s.

MOULY (V.C.), « Aspects contemporains du cautionnement », LPA n°63, mai 1991, p.10 s.

NANDJIP MONEYANG (S.), Réflexions sur l'égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA, Recueil d'Etudes sur l'OHADA, PUAM vol.1, coll. Horizons juridiques africaines, p. 455 s.

NDIAYE MBAYE (M.), Réflexions sur la modification du concordat préventif en droit OHADA, Penant n°870, p. 30 s.

NGNINTEDEM (J.C.), « Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté », Revue de droit uniforme, UNIDROIT, NS Vol. XIV/2009, p.181 s.

PAILLER (P.), « Le sort des sûretés dans la nouvelle ordonnance de réforme du droit des procédures collectives du 12 mars 2014 », RLDC 2014, n° 115.

PEROCHON (F.), « Procédures collectives et cautionnement », Droit et patrimoine, juillet-août 2008, n° 172, dossier, p. 77 s.

PETEL (P.),

« Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », JCP E 1991, I, 100, n°2, p. 509 s.

« Le nouveau droit des entreprises en difficulté », JCP E 2005, 1509, n° 20.

PORRECA (R.), « Le recours au cautionnement en matière de procédures collectives, Revue de droit bancaire et financier », mars-avr. 2010, p. 109 s.

POUGOUE (P.G.) et KALIEU (Y.), « L'organisation des procédures collectives d'apurement passif OHADA », Presses universitaires d'Afrique, collection droit uniforme 1999, n°70, p. 29 s.

PRIGENT (S.), « Cautions, coobligés, garants autonomes et constituants d'une sûreté pour un débiteur ayant obtenu un accord de conciliation homologué, une sauvegarde ou un redressement judiciaire », LPA 9 janv. 2006, n°6, p. 5 s.

PUTMAN (E.), « Le sort des procédures civiles d'exécution en cas de surendettement », Dr. et proc. sept. oct. 2007, n° 5, p. 248 s.

REILLE (F.), « Sûretés personnelles et droit des entreprises en difficulté », collection droit 360°- Entreprises en difficulté, éd. LexisNexis, Paris 2012, p.331 s.

ROHART-MESSAGER (I.), « L'amélioration de la prévention », Gaz. Pal. - Recueil mars-avr. 2009, p. 741 s.

RONTCHEVSKY (V.N.), « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde », Banque et Droit n° 105, janv.-fév. 2006, p. 17.

RONTCHEVSKY (N.) et JACOB (F.), « Chronique Droit des sûretés », Banque et droit, juillet-août 2009, n° 126, p. 41 s.

ROUSSEL GALLE (P.),

« Les retouches apportées aux règles de l'interdictions des poursuites individuelles et de l'arrêt des voies d'exécution », Gaz. Pal. 8 à 10 mars 2009, n° spécial, p. 21 s.

« Responsabilités et sanction des débiteurs après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », JCP E 2005, n° 42, p.1765.

RUBELLIN (P.), « Le recours personnel de la caution contre le débiteur en redressement judiciaire », LPA 21 juin 1995, n° 74, p. 16 s.

RUCOLLE (E.), « Histoire du droit de la faillite en France : une approche des représentations de la défaillance », 10^e conférence de l'association internationale de management stratégique, 13 au 15 juin 2001, p. 3 ;

SAINT-ALARY (B.) et SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Le dirigeant caution », Dr. et Patr. mars 1996, p.42 s.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.),

« La réforme du droit des procédures collectives », Dr.et patrimoine fév. 1995, p. 34 s. ;

« La sauvegarde financière accélérée »: art.2, RPC juillet 2001, colloque, p.35, n° 27 ;

« Droit des difficultés économiques », Dr. et patrimoine juin 2007, n° 160, p. 80 et s. (M-H MONSERIE-BON et F. MACORIG VENIER) ;

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), MACORIG VENIER (F.) « La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », RD banc. et fin. janv.-fév. 2006, p. 60 s.

SALVAT (O.), « La situation des garants », Rev. proc. coll. juin 2006, n° 2, p. 147 s.

SAWADOGO (F.M.), Le droit OHADA des entreprises en difficulté : prévention, procédures collectives, sanctions, in Formation de juristes béninois en droit OHADA, doc. ERSUMA, p. 57, www.ersuma.bj.refer.org.

SCHNEIDER (A.), « Des exceptions que la caution peut opposer au créancier-pour un retour aux sources », JCP 2002, I, 121, p.0541 ;

SEUBE (J.-B.), « Réflexions sur les effets de la résolution des plans de redressement dans les procédures collectives », JCP E. 1^{er} avril 1999, n° 13, comm. p. 564

SIMLER (P.), Pour une première présentation de la réforme, JCP E 2006, 1559.

SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.), « Droit des sûretés », JCP G. 1997, chronique, 4033.

TENDLER (R.), « Le cautionnement, reine éphémère des sûretés ? », D. 1981, Chron.-XVII, 129.

TESTU (F.-X.), « Le cautionnement-libéralité », JCP N 1988, n° 41, doctrine, p. 307 s.

VALBRAY (J.F.), « Le cautionnement des dirigeants et la faillite de l'entreprise », LPA 14 sept. 1994, n° 110, p.73 s.

VALLENS (J.L.), « L’effacement des dettes du débiteur en liquidation judiciaire », LPA 19 sept. 1997, n° 113, p. 4.

VAUVILLE (F.), « Les garants et le conjoint. Le conjoint », Gaz. P al. 16-17 avr. 2010, p. 41.

VINCKEL (F.), « Le droit d’action des créanciers chirographaires dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 », Rev. proc. coll. 2007/1, p. 6 et s.

YONDO BLACK (L.), « L’enjeu économique de la réforme de l’Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l’accès au crédit », Dr. et patr. nov. 2010, n° 197, p.46 s.

IV. NOTES, OBSERVATIONS, AVIS ET CONCLUSIONS DE JURISPRUDENCE

AMLON (G.)

Note sous Com. 17 juillet 1990, JCP E 1991, II, 101

AVENA-ROBARDET (V.)

Obs. sous Com. 25 novembre 2008, D. 2009, AJ 15.

Obs. sous Com. 13 mai 2003, D. 2003, AJ 1629 (2^e espèce)

Obs. sous Com. 16 janvier 2007, n° 05-19.902 ; D. 2007, p. 499.

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 24 octobre 2006, D. 2006, AJ 2908.

AYNES (L.)

Obs. sous Com. 27 février 1996, D. 1996, somm. 269

Obs. sous Com. 2 mars 1993, D. 1993, somm. 310

Obs. sous Com. 16 février 1993, D. 1993, somm. p. 310.

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 15 juin 2004, D. 2004, somm. 2707

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 12 février 2002, Bull. civ. I, n° 51 ; D. 2002, somm. 3336

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 3 octobre 1995, n° 93-11.279 ; Defrénois 1995, 1470

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 24 février 1987, D. 1987, somm. 451

BANDRAC (M.)

Obs. sous Com. 2 mars 1993, RTD civ, 1993, 859

Obs. sous Civ. 1^{ère}, 9 mai 1994, RTD civ. 1994. 906

Bonhomme (R.)

Note sous Com. 16 décembre 2008, Gaz. proc. coll. 2009/2, p.34

BOUJEKA (A.)

Note sous Civ. 1^{ère}, 15 décembre 1998, D. 2000, n° 215

BOURASSIN (M.)

Obs. sous Civ. 1^{ère} 17 mars 2016, Gaz. Pal. 7 juin 2016, n° 266, p. 69

BOUTEILLER (P.)

Note sous Com. 14 novembre 1989, LPA 9 mars 1990, 14

BRENA (S.)

Note sous Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2010, n° 09-67.503 ; LPA 29 juin 2011, 20

CABRILLAC (M.)

Note sous Com. 30 janvier 2007, n°05-13.751, JCP E 2007, 1450, p. 22, n°10

Obs. sous Com. 26 septembre 2006, JCP 2007. I. 113, n° 10

Obs. Com 16 juin 2004, RD bancaire, sept oct 2004 ; JCP E 2005, I, 107, n° 15

Obs. sous Com. 13 mai 2003, JCP 2003, I, 174, n° 15

Obs. sous Com. 13 avril 1999, JCP G 1998, I, n° 43

CABRILLAC (R.)

Obs. sous Com. 8 octobre 2012, LPA 10 janv. 2003, p. 5

CABRILLAC (M.) et VIVANT (M.)

Obs. sous CA Lyon, 18 novembre 1988, JCP E 1989, I, 15478

CABRILLAC (M.) et RIVES-LANGE (J.L.)

Com. 14 février 1972, RTD com. 1972, p. 967

CABRILLAC (M.) et PETEL (P.)

Obs. sous Com. 12 novembre 1993, JCP E. 1994, I, 48, n° 2

Obs. sous Com. 17 novembre 1992, JCP E 1993, I, p. 236, n° 7

Obs. sous Com. 29 octobre 1991, JCP 1992. I. 3617

CAMPANA (M.J.)

Obs. sous CA Paris, 22 février 1989, RTD com. 1989, p. 727, obs. Campana

CAMPANA (M.J.) et CALENDINI (J.M.)

Obs. sous Com. 21 novembre 1995, RD banc. et bourse 1996, 36

Obs. sous Com. 17 juillet 1990, RD banc. et bourse 1990, p. 246

CANET (P.)

Obs. sous CA Paris, 1^{ère} ch. A, 12 décembre 1995, Rev. proc. coll. 1996, 221

CROCQ (P.)

Obs. sous Com. 19 février 2013, Bull. civ. IV, n° 26 ; D. 2013. 1706 ; RTD civ. 2013, 416 ; D. 2012, n° 1573

Obs. sous Com. 24 mai 2005, n° 03-21.04, D. 2005, somm. p.2084

Obs. sous Com 16 juin 2004, RTD civ. 2004, 758

Obs. sous Com. 5 mai 2004, RTD civ. 2004, p. 535 ; D. 2005, somm. P.2084

Obs. sous Com. 10 décembre 2002, Dr. et proc. 2003. 163

Note sous Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, n° 96-10.753, RTD civ. 1998, 422

Note sous Civ. 1^{ère}, 13 novembre 1996, RTD civ.1997, p.190

Obs. sous Com. 27 février 1996, RTD civ. 1996, 439

DAMMANN (R.) et RAPP (C.)

Note sous Com. 27 mars 2012, D. 2012, 1455

DELEBECQUE (M.)

Obs. sous Com. 28 mai 1991, Rev. proc. coll. 1992, p. 76

Obs. sous Com. 14 novembre 1990, Rev. proc. coll. 1990.393

Obs. sous Com. 27 mars 1990, Rev. proc. coll. 1990, 393

DERRIDA (F.)

Obs. sous CA Paris 2^e ch. 4 juin 1992, JCPN 1993, II, 340

Obs. sous Com. 13 novembre 1990, D.1991, somm.11

Note sous CA Bordeaux, 16 mars 1989, D. 1989, p. 473

Obs. sous CA Paris, 22 février 1989, D. 1991, somm. 12

Note sous CA Lyon, 18 nov. 1988, D. 1989, p. 71

DESHAYES (O.)

Obs. sous Com. 22 mai 2007, n° 06-13.587, D. 2007, p. 1999

DUMONT-LEFRAND (M.P.)

Note sous Com. 12 mai 2009, LPA avr. 2010

FAGES (B.)

Obs. sous Com. 12 janv. 2010, n° 08-19.645, RTD civ, 2010. 102

FICERO (N.)

Note sous Ch. mixte 16 novembre 2007, Act. proc. coll.2008/2 n°20

FIN-LANGER (L.)

Note sous Com., 16 nov. 2010, n° 09-69.495 (Sté Cecopar c/ Eurl Sollier Pierre), Act. proc. coll. n° 20, 16 déc. 2010, p. 7 et s.

GJIDARA-DECAIX (S.)

Note sous Civ. 2e, 6 avr. 2006, Rev. proc. Coll. 2007, p. 207, n°1

GUILLOT (J.-L.)

Obs. sous Com. 14 fév. 1994, Banque et dr. mai 1995, 92

HONORAT (A.)

Obs. sous Com. 20 mai 1997, D. 2000, p. 99

Obs. sous Com. 14 juin 1994, D. 1995, sommaire, p. 28

Note sous Com. 17 juill. 1990, D. 1991, p. 494;

Obs. sous Com. 27 mars 1990, D.1990.494

Note sous Com. 19 juin 1984, D. 1985, p. 140.

Obs. sous Com. 22 déc. 1981, D. 1982, p. 219

HOUTCIEFF (D.)

Com. 13 mai 2003, LPA 24 nov. 2003, note

JAMIN (C.) et BILLIAU (M.)

Com. 21 nov. 1995, JCP G. 1996, II, 22635, note

KERKHOVE (E.)

Obs. sous Com. 11 juin 1996, n°93-16.058, Rev. proc. coll. 1996, 492, n°3

Obs. sous Com. 14 juin 1994, Rev. proc. coll. 1995, 322, n°1

LE CORRE (P.-M.)

Obs. sous Com. 19 fév. 2013, Gaz. Pal. 2011, 1740

Obs. sous Com. 12 juill. 2011, n° 09-71113, Gaz.Pal. 7 et 8 oct. 2011, spé., 2740

Note sous Com. 3 juillet 2007, Gaz. proc. coll. 2007/4, p.55

Obs. sous Com. 24 mai 2005, n° 03-21.04, Gaz.pal. 2005, p.3739

Note sous Com. 1 mars 2005, D. 2005, jur. p.1365

LEGEAIS (D.)

Obs. sous Com. 19 février 2013, RTD com. 2011, n° 625

Obs. sous Com. 19 juin 2012, RD banc. et fin. 2012, comm. 187

Obs. sous Com. 3 février 2009, RD bancaire et fin. Mars avr. 2009, comm. 52

Obs. sous Com. 5 juin 2007, RD banc. et fin. juill.-août 2007, comm. 150

Obs. sous Com. 21 janvier 2003, RD bancaire et bourse mars avr. 2003, comm. 71

Obs. sous Com. 8 octobre 2002, RD banc. et fin. janv.-fév. 2003, comm. 14

Note sous Civ. 1ère, 13 novembre 1996, n° 94-12.856, JCP E 1997. II. 903

LIENHARD (A.)

Obs. sous Com. 19 février 2013, Bull. civ. IV, n° 26; D. 2013. 565

Obs. sous Com. 8 juin 2010, D. 2010.1478

Note sous Com. 12 janvier 2010, n° 08-19.645, D. 2010, p. 263

Obs. sous Com. 27 février 2007, RDBF mai-juin 2007, comm. 106

Obs. sous Com. 30 janvier 2007, n°05-13.751, D.2007, AJ 508

Obs. sous Com. 26 septembre 2006, D. 2006, AJ 2460

Obs. sous Com. 15 mars 2005, Bull. civ. IV, n° 63; D. 2005, AJ 1286

Com. 23 novembre 2004, n° 03-17.235, D. 2004.3220

Obs. sous Com. 5 mai 2004, D. 2004, act. p. 1594

Obs. sous Com. 23 janvier 2001, D. 2001, AJ, 781

Obs. sous Com. 12 décembre 1995, D. 2005, AJ 1286

LISANTI (C.)

Note sous Com. 23 novembre 2004, n° 03-17.235, D. 2005.653

LUCAS (F.-X.)

Obs. sous Com. 23 janvier 2001, RD bancaire et financier 2002/2, n° 69

Obs. sous CA Rennes, 31 mars 2000, RD bancaire et fin. Mars avr. 2000, comm. 70

MARTIN-SERF (A.)

Obs. sous Com. 12 janvier 2010, n° 08-19.645, RTD com, 2010. 426

Obs. sous Com. 22 septembre 2009, RTD com. 2010, p. 609

Obs. sous Com. 16 juin 2004, RTD com. 2004. 811
Obs. sous Com. 19 avril 2003, RTD com. 2005, 846
Obs. sous Civ. 1ère, 7 mai 2002, RTD com. 2003, p. 165
Obs. sous Com. 13 avril 1999, RTD com. 1999, p. 973
Obs. sous Com. 12 octobre 1993, RTD com. 1995, 849
Obs. sous Com. 2 mars 1993, RTD com. 1994, 120
Obs. sous Com. 17 novembre 1992, RTD com. 1993, p. 379
Obs. sous Com. 28 mai 1991, RTD. com. juill-sept. 1992, p. 690
Note sous Com. 17 juillet 1990, RTD com. 1990, p. 643
Obs. sous Com. 14 novembre 1989, n° 88-12.411, RTD com. 1990. 494, n°2

MEUKE (B.Y.)

Note sous Ord. N° 135/08 du 06 mars 2008 portant suspension des poursuites individuelles, rendu par le Président du Tribunal de Commerce de Bamako

MIGNOT (M.)

Obs. sous Civ. 1ère, 17 mars 2016, RD banc. et fin. 1 mai 2016, n° 05, p. 3

MURY (P.)

Note sous Civ. 1ère, 13 novembre 1996, n° 94-12.856, JCP G 1997, II, 22780

PAISANT (G.)

Obs. sous Civ. 1ère, 13 mars 2001, n° 00-04.053; RTD com. 2001, p. 781

PERROT (R.)

Note sous Com. 12 octobre 1999, Proc. 2000, n°3

PETEL (P.)

Obs. sous Com. 23 janvier 2001, JCP E. 2001, chron. 751, n° 3

Note sous Com. 13 novembre 1990, JCP E 1991, II, 114;

PIEDELIEVRE (S.)

Obs. sous Civ. 1ère, 17 mars 2016, n° 15-12.494 ; Gaz. Pal. 13 sept. 2016, n° 31, p Note sous Com. 12 juill. 2011, n° 09-71113, LPA 21 déc. 2011, p. 12

Note sous Civ. 1ère, 3 mars 1998, n° 96-10.753, JCP G 1998, 98.II.10117. 26

Note sous Cass.ch. mixte. 8 juin 2007, n° 03-15.602, JCP E 2007, 1861

Obs. sous Civ. 1ère, 3 oct. 1995, n° 93-11.279; JCP N 1997, II, 1631

PLAYOUST (O.)

Note sous Com. 12 octobre 1993, D. 1994, 353

REILLE (F.)

Note sous Com., 21 septembre 2010, n° 09-69435 et n° 09-69690, LPA 20 déc. 2010, N°252, p.11 s.

REMERY (J.P.)

Note sous Com. 23 janvier 2001, JCP E 2002, jur. 850

RIVES LANGE (J.L.)

Obs. sous Com. 19 juin 1984, Banque 1985, p.307

RONTCHEVSKY (N.)

Obs. sous Com. 23 novembre 2004, n° 03-17.235, Banque et dr., n° 99, janv.-fév. 2005.60

ROUSSEL GALLE (P.)

Obs. sous Com. 27 mars 2012, Rev. sociétés 2012, 398

SAINT-ALARY-HOUIN (C.)

Note sous Com. 23 novembre 2004, n° 03-17.235, RTD com. 2005, chr. 602

SAINTE ROSE (J.)

Note sous Civ. 1ère, 3 mars 1998, n° 96-10.753, Bull. civ. I, n° 82; D. 1998, 421

SALVAT (O.)

Note sous Com. 30 janvier 2007, n°05-13.751, Act. proc. coll. 2007/5, n°47

SIMLER (P.)

Obs. sous CA 25 novembre 1992, JCP 1994, I, 3765, n° 7

Note sous Civ. 1ère, 13 novembre 1996, n° 94-12.856, JCP. G 1997, I, 4033, n°7

Obs. sous Com. 5 mai 2004, JCP G 2004, I, 188, n° 8

Note sous Cass.ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, JCP G 2007.II.10138

Note sous Com. 2 octobre 1985, JCP 1986, II, 20619

Obs. sous Com. 16 janvier 2007, JCP 2007. I. 158, n° 11

Note sous Com. 3 novembre 1975, JCP 1978, II, 18891

SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.)

Obs. sous Com. 14 février 1995, JCP G 1995, I, 3851, n° 7

SOUHAMI (J.)

Note sous Com. 23 novembre 2004, n° 03-17.235, LPA 19 avril 2005, n°77

Storck (M.)

Obs. sous Com. 19 juin 1984, JCP G 1986, II, 20569

VALLANSAN (J.)

Note sous Com. 24 mai 2005, n° 03-21.043, Act. proc. coll. 2005-11, n°132

Obs. sous Com. 23 janvier 2001, Act. proc. coll. 2005/5, n° 65, obs. J. Vallansan

VALLENS (J.L.)

Obs. sous Com. 22 juin 1999, RTD com. 1999. 984,

VIDAL (D.)

Note sous Com. 17 novembre 1992, D. 1993, jur. p. 41

THERY (Ph.)

Obs. sous Civ. 1ère 14 juin 2000, n°88-10577, Defrénois 2001. 368

DIVERSES DECISIONS NON COMMENTEES

2017

Civ. 2e, 5 janvier 2017, n° 15-27.909, JurisData n° 2017-000058

2015 :

Com. 8 avril 2015, n° 13-28.061, Act. proc. coll. mai 2015, n° 131 et 137.

Com. 27 janvier 2015, n° 13-20.463; Bull. civ. IV, n° 9

2013 :

Civ. 1ère, 3 juillet 2013, Bull. civ. I, n° 144; D. 2013. 1741

2012 :

Com. 10 janvier 2012, n° 10-28.113

2011 :

Com. 13 septembre 2011, RJDA 2012, n° 1, p. 75

CA Douala, 1^{er} juin 2011, n° 055/CE (SACAM SARL c/ SDV), Penant juillet-septembre 2012, n°880, p.392 s.

2010 :

Com., 16 novembre 2010, n° 09-69.495 (Sté Cecopar c/ Eurl Sollier Pierre), JurisData n° 2010-021359

Com. 8 juin 2010, Bull. civ. IV, n° 109

2009

Com. 12 mai 2009, n° 08-13.430, D. 2009, p. 2459 :

Com. 24 mars 2009, n° 07-21.766, NP, n°265 F-D ;

Civ. 2^e civ., 19 novembre 2009, n° 09-11.581, F-D, Herfeld c/ MGEN: JurisData n°2009-050408;

Act. proc. coll. 15 janv. 2010, n° 1 ;

2008

Com. 27 mai 2008, Bull. civ. IV, n° 106

CA Abidjan, ord. 28 août 2008, n° 469/C - Sté Equibat Rany Bois C/ Dame Yinda Christine, Ohadata J-09-217 ;

2007

Com. 16 juin 2007, Bull. civ. I, n° 1

Com. 22 mai 2007, n° 06612.196 (n°774 FS-P+B), D. 2007, n° 24, 21 juin, act.jur. p.1656 ;

2006

Com. 3 mai 2006, n° 04-17.283 et 04-17.396 : JurisData n° 2006-033319
Civ. 1^{ère}, 26 février 2006, Bull. civ. I, n° 67

2005

Com. 5 juillet 2005, Bull. civ. IV, n° 151:
Com. 20 mars 2005, n° 20-20733, Bull. civ. IV, n° 71
CCJA 15 juillet 2005, n° 25/2004 (Dame M. c/ SCB- Crédit Lyonnais), Penant octobre-décembre 2005, n° 853, p.525 ;
Com. 7 juin 2005, n° 03-18421

2004

Com. 23 novembre 2004, n° 03-17.235, Bull. civ. IV, n° 203 ;
Com. 5 mai 2004, Bull. civ. IV, n° 84 ;
Com. 7 avrier 2004, n° 01-15542

2003

Com. 5 novembre 2003, n° 00-17.442 ; Bull. civ. IV, n° 158 ; RJDA 3 avr., n° 365 ; D. 2003, AJ 3050
Com. 13 mai 2003, Bull. civ. IV, n° 73, p. 83 :
Com. 19 avril 2003, Bull. civ. IV, n° 63,
TPI Cotonou, Ord. de référé, 23 janv. 2003, n° 13/03-ICB, rôle général n° 188/RG 2002 - Société Wale Organisation Rep/Bamigbola Ahmed C/ La B.I.B.E Ohadata J-10-04.

2002

Com. 10 décembre 2002, Bull. civ. IV, n° 191 ;
Com. 5 février 2002, Bull. civ. I. 162, n° 10
Civ. 1^{ère}, 22 mai 2002, Bull. civ. IV, n° 133 (omission du créancier d'accomplir un acte qui aurait permis conserver une sûreté)
TPI Cotonou, ord. de référé, 23 mai 2002, n° 99/02- 1^{ère} civ. , role général n° 217/01- Dacin Vlad c/ Ogouma Assogba Samuel.

2000

Com. 18 janvier 2000, Bull. civ., IV, n°12
Civ. 1^{ère}, 5 décembre 2000, Bull. civ. I, n° 316
Civ. 1^{ère} 14 juin 2000, n°88-10577, Bull. civ. I, n° 182

1999

Civ. 1^{ère}, 23 mars 1999, Bull. civ. I, n° 109
Com. 22 join 1999, Act. proc. coll. 1999/13, n° 17

Com. 12 October 1999, Bull. civ. IV, n° 166; D. 1999. 45

1997

Civ.1ère, 18 mars 1997, Bull. civ. I, n° 96

1996

Com. 11 juin 1996, n°93-16.058, Bull. civ. IV, n° 167

Civ. 1ère, 13 novembre 1996, n° 94-12.856, Bull. civ. 1996, n° 401, p. 281 ; LPA 31 janvier 1997, n° 14, p.15 s.

1995

Civ. 1ère, 28 novembre 1995, Bull. civ. I. n° 440 ;

Civ. 1ère, 10 janvier. 1995, Bull. civ. I, n° 25

1993

Com. 27 avril 1993 : RJDA 1993, n°835

Com. 30 mars 1993, Bull. civ. IV, n° 124 ; RJDA 1993, n° 719

Com. 16 février 1993, Bull. civ. IV, n° 58

Com. 19 janvier 1993, JCP E 1993, II, 411, p. 64

1992

Com. 17 novembre 1992, Bull. IV, n° 35

1991

Com. 28 mai 1991, Bull. civ. IV, n° 114 et 179 ; JCP G 1991, IV, 291

Com. 29 octobre 1991, Bull. 87, 12 novembre 1991, p.8209

Civ. 1ère, 10 décembre 1991, Bull. civ. I, n° 348

1990

Com. 13 novembre 1990, JCP E 1991, II. 114

Com. 17 juil.1990, Bull. civ. IV, n° 214 et 215

CA Paris 3e Ch. 4 octobre 1990 : JurisData n° 024768

1989

Com. 14 novembre 1989, n° 88-12.411, Bull. civ. IV, n°285

1984

Com. 19 juin 1984, n° 96-15.731 ; Bull. civ. 1984, IV, n° 198

1982

Civ. 3^e, 22 juin 1982, Bull. civ. III, n° 16
Civ. 1^{ère}, 2 février 1982, n° 80-14.764 ; Bull. civ. n° 55

1981

Com. 22 décembre 1981, Bull. civ. IV, n° 454

1980

Com. 24 mars 1980, Bull. civ. IV, n° 14
Civ. 1^{ère}, 25 juin 1980, Bull. civ. I, n° 197

1977

Civ. 3^e, 27 avril 1977, Bull. civ. III, n° 17

1976

Com. 3^e civ. 7 décembre 1976, Bull. civ. 1976, III, n° 446

1972

Com. 14 février 1972, Bull. civ. IV, n° 55 ; Gaz. Pal. 1972, 2, p. 639

1955

Com. 13 juill. 1955, Bull. civ. III, n° 261

V. DICTIONNAIRES, REPERTOIRE ET ENCYCLOPEDIES

- Actes Uniformes du droit des affaires, mise en conformité du droit gabonais ;
- Code de commerce, Dalloz, 1987-1988 ;
- Code de commerce, Dalloz, 1997-1998 ;
- Code de commerce, Dalloz, 105^e édition, 2010 ;
- Code civil, Dalloz, 109^e édition, 2010 ;
- Code civil, Dalloz, éd. limitée 2016 ;
- Code de procédures collectives, Dalloz ;
- Code des entreprises en difficulté, LexisNexis 2015, sous la dir. C. Saint-Alary-Houin.
- Traité et Actes Uniformes OHADA, Juriscope, 2^e édition, 2002 ;
- Traité et Actes Uniformes OHADA, Juriscope, 3^e édition, 2011 ;
- Vocabulaire juridique, Gérard Cornu, Puf, 8^e édition ;

- Code commerce Luxembourgeois du 15 septembre 1807 modifié par la loi du 10 décembre 2010 ;
- Code civil Luxembourgeois du 15 mars 1803 modifié par la loi du 5 juin 2009 ;
- Vocabulaire de la culture juridique

TABLEAUX

Tableau 1. Comparaison de l'évolution du sort de la caution face à la sanction du défaut de déclaration en droit français et droit OHADA 58

Tableau 2. Comparaison des délais de déclaration de créances admis en droit OHADA avant la réforme de 2015 par rapport aux droits français, belge et américain. 74

Tableau 3. Comparatif de l'éligibilité de la caution débitrice aux procédures d'insolvabilité en fonction de sa qualité.....465

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Accessoire 481

Arrêt du cours des intérêts 346

C

Caution débitrice 471

Caution personne physique . 42, 44, 46, 47, 50, 54, 55, 59, 60, 88, 93, 94, 95, 97, 98, 99, 101, 103, 104, 105, 107, 108, 109, 126, 156, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 168, 169, 176, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 202, 204, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 227, 228, 229, 230, 232, 234, 235, 246, 247, 253, 254, 255, 256, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 282, 291, 299, 303, 311, 312, 313, 314, 315, 317, 321, 322, 349, 354, 355, 356, 374, 375, 376, 377, 379, 381, 410, 428, 450, 457, 460, 463, 465, 470, 473, 484, 497, 523, 525, 526, 527, 528

Caution réelle 158, 163, 166, 189, 190, 191, 193, 304

Cautionnement 118, 151, 245, 347, 385, 431, 489, 492, 495, 498, 499, 531

Cessionnaire.. 281, 285, 286, 323, 325, 326, 327, 331, 332, 333, 334, 336, 337, 339, 340, 341, 342, 343, 412, 494, 527

Cofidėjusseurs. 43, 442, 447, 452, 460, 461, 462, 529

Compensation 19, 284

Conversion 112, 130, 133, 148, 184, 185, 210, 211, 212, 230, 452

Créanciers postérieurs . 171, 172, 403, 419, 437

Créanciers privilégiés 2, 346, 438

Crédit.....327, 512

D

Déchéance 26, 27, 50, 53, 64, 70, 71, 82, 89, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 157, 199, 250,302, 347, 414, 426, 454, 455, 524, 525

Délais de paiement 32, 50, 56, 66, 106, 155, 211, 216, 221, 233, 235, 236, 237, 238, 239, 241, 243, 244, 245, 246, 249, 253, 262, 263, 264, 270, 271, 272, 286, 288, 289, 290, 298, 299, 311, 323, 376, 377, 378, 388, 390, 413, 415, 417, 419, 420, 421, 422, 423, 426, 463, 464,466, 467, 468, 479, 489, 530

Dettes....31, 32, 34, 37, 41, 48, 65, 109, 115, 118, 122, 123, 131, 132, 151, 154, 169, 170, 229, 241, 261, 290, 307, 319, 326, 332, 337, 338, 339, 348, 365, 385, 427, 434, 455, 463, 466, 467, 470, 471, 473, 474, 475, 479, 481, 492, 494, 497, 502

Dirigeant caution...38, 40, 41, 45, 105, 106, 124, 127, 136, 144, 164, 165, 167, 189, 190, 193, 204, 207, 209, 219, 220, 232, 249, 250, 253, 306, 314, 315, 317, 318, 354, 355, 376, 442, 465, 474, 483, 484, 501, 531

Droit bancaire.....2, 500

Droit communautaire 21, 51, 75, 82, 275

E

Effets de commerce 149, 244

Exception de subrogation 344

Exceptions 302

G

Garantie autonome..... 4, 10, 20, 268, 351

I

Inexécution.. 2, 14, 112, 141, 158, 211, 233,
243, 300, 301, 422, 423, 424, 425, 426,
527, 529

Injonction de payer . 74, 229, 274, 373, 440

Inopposabilité 33, 41, 47, 50, 53, 55, 58, 59,
60, 65, 77, 80, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 89,
90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 101,
102, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 119,
129, 131, 132, 140, 203, 205, 206, 213,
216, 249, 257, 260, 282, 284, 286, 287,
288, 290, 292, 299, 303, 308, 311, 318,
319, 320, 321, 342, 347, 349, 350, 366,
367, 407, 418, 419, 423, 445, 464, 465,
523, 524, 525, 526, 527

Intérêt .. 2, 11, 20, 21, 29, 31, 36, 57, 67, 71,
104, 106, 123, 125, 128, 129, 147, 152,
159, 173, 187, 201, 217, 221, 241, 249,
255, 268, 288, 289, 311, 322, 334, 343,
345, 347, 358, 359, 360, 361, 362, 363,
364, 366, 367, 368, 369, 371, 372, 380,
382, 383, 389, 391, 393, 397, 401, 410,
421, 423, 428, 429, 438, 465

L

Liquidation des biens 285

Liquidation des biens 31, 40, 41, 44, 50, 53,
69, 89, 100, 110, 112, 114, 115, 117, 118,
119, 121, 122, 128, 129, 132, 133, 137,
147, 148, 149, 150, 151, 152, 157, 158,
178, 181, 182, 188, 206, 221, 243, 259,
262, 279, 282, 301, 302, 324, 346, 348,
353, 355, 356, 375, 376, 378, 379, 381,
384, 386, 392, 397, 408, 410, 427, 429,

430, 431, 433, 434, 435, 452, 456, 472,
479, 484, 524, 525, 528, 529

Liquidation judiciaire.....31, 32, 33, 34, 41,
42, 44, 50, 53, 66, 69, 88, 91, 92, 93, 100,
110, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 118,
119, 123, 124, 126, 128, 129, 130, 131,
137, 139, 141, 143, 144, 145, 146, 147,
148, 149, 150, 151, 152, 158, 160, 173,
174, 175, 177, 179, 210, 212, 214, 215,
216, 223, 226, 245, 278, 279, 282, 301,
302, 324, 330, 343, 346, 348, 349, 350,
351, 377, 383, 386, 389, 395, 396, 403,
410, 419, 420, 423, 424, 427, 429, 430,
431, 432, 433, 436, 437, 438, 439, 447,
448, 451, 452, 472, 474, 476, 479, 480,
484, 489, 493, 495, 497, 500, 502, 524,
525, 529, 530

M

Masse des créanciers.....107, 239, 241, 346,
352, 353, 356, 379, 390

Mesures conservatoires 171, 177, 181, 182,
183, 184, 186, 187, 188, 189, 190, 191,
216, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228,
229, 230, 231, 232, 413, 450, 526

N

Novation 304, 327, 336, 338, 339, 340

O

Opposabilité...20, 22, 41, 49, 59, 61, 68, 82,
83, 85, 86, 87, 88, 93, 94, 95, 99, 100,
103, 104, 106, 107, 108, 109, 134, 137,
152, 158, 161, 203, 204, 205, 207, 208,
216, 235, 236, 248, 249, 250, 251, 254,
255, 257, 263, 269, 270, 292, 304, 305,
307, 308, 309, 311, 312, 318, 321, 347,
353, 375, 376, 377, 379, 415, 416, 417,
419, 421, 468, 523, 524, 525, 526, 527,
528, 529

P

Païement.....170

Païement 2, 3, 7, 9, 14, 19, 24, 25, 26, 27, 31, 32, 35, 37, 38, 39, 40, 44, 50, 54, 55, 56, 57, 61, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 76, 77, 88, 90, 92, 94, 99, 101, 104, 105, 106, 109, 112, 113, 115, 117, 120, 123, 125, 129, 130, 134, 135, 136, 137, 140, 143, 144, 147, 148, 149, 154, 156, 157, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 170

Passif 7, 8, 21, 31, 35, 45, 53, 54, 55, 57, 61, 63, 64, 66, 67, 70, 77, 79, 81, 86, 87, 88, 90, 92, 95, 96, 99, 100, 101, 107, 109, 110, 111, 121, 127, 129, 131, 132, 146, 154, 155, 159, 160, 165, 170, 187, 199, 200, 204, 209, 213, 216, 218, 220, 235, 255, 262, 265, 270, 273, 278, 279, 288, 299, 300, 301, 302, 310, 313, 317, 320, 324, 345, 347, 354, 355, 357, 360, 363, 364, 365, 366, 368, 375, 378, 379, 382, 392, 393, 394, 397, 399, 401, 402, 404, 407, 408, 410, 413, 414, 415, 419, 420, 421, 422, 423, 425, 428, 429, 430, 433, 434, 435, 438, 439, 448, 450, 461, 464, 469, 473, 474, 475, 476, 479, 480, 481, 483, 487, 489, 490, 491, 495, 496, 497, 500, 524

Plan de cession 66, 126, 128, 129, 160, 285, 324, 326, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 338, 339, 340, 412, 436, 495, 524, 527

Prescription 22, 70, 155, 215, 448, 449, 450, 451, 452, 529

Procédure préventive 97, 99, 124, 178, 179, 244, 278, 281, 307, 309, 394, 421, 484

Production de créances 63, 64, 66, 73

Proportionnalité 458, 459

R

Redressement judiciaire 115, 206, 282, 285, 388, 393, 525

Règle de l'accessoire 481

Règlement préventif 282, 495

Relevé de forclusion . 41, 53, 71, 79, 86, 109

Répartition 115, 185, 299, 438, 439, 529

Reprise des poursuites .. 110, 111, 177, 212, 213, 214, 215, 216, 222, 402, 410, 424, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 434, 435, 436, 484

Résolution du concordat 220, 221, 243, 301

Résolution du plan .. 94, 109, 112, 158, 211, 221, 243, 300, 301, 303, 410, 420, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 524

S

Sanction du défaut de déclaration 59, 60

Surendettement . 29, 34, 231, 290, 291, 299, 365, 411, 465, 466, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 499, 500, 530

Suspension des procédures d'exécution 181, 188, 525

T

Transfert 41, 74, 114, 244, 281, 285, 328, 331, 334, 341, 407

TABLE DES MATIÈRES

Avertissement	V
Dédicaces	VII
Remerciements	IX
Sommaire.....	XI
Principales abréviations	XIII

INTRODUCTION GENERALE 1

Section 1. La règle de l'accessoire.....	7
Paragraphe 1. La définition de la règle de l'accessoire.....	8
Paragraphe 2. Les premières illustrations de la règle de l'accessoire en droit romain et droit français	11
Paragraphe 3. L'essor de l'application de la théorie de l'accessoire au cautionnement	13
Paragraphe 4. Les conséquences inhérentes au caractère accessoire du cautionnement.....	16
Paragraphe 5. La règle de l'accessoire et la finalité du cautionnement.	23
Section 2. Approche de la règle de l'accessoire dans le droit des procédures collectives.....	28
Paragraphe 1. Evolution du droit des procédures collectives en droit français et droit OHADA.	30
Paragraphe 2. L'approche générale de la théorie de l'accessoire en droit français et en droit OHADA des procédures collectives	37
A. Principe traditionnel d'inapplication absolue de la théorie de l'accessoire.....	40
B. Instauration contemporaine d'une double approche de la théorie de l'accessoire.....	42

PREMIERE PARTIE. L’AFFIRMATION DU PRINCIPE D’EXECUTION DE L’OBLIGATION DE LA CAUTION AUX CONDITIONNEMENTS CONVENTIONNELLES 51

TITRE 1. L'INTANGIBILITE DE L'OBLIGATION DE LA CAUTION IN BONIS.....54

CHAPITRE 1. LE MAINTIEN DE L'OBLIGATION DE PAIEMENT DE LA CAUTION.....56

Section 1. Le regain du paiement de la créance non déclarée.....58

Paragraphe 1. La privation du bénéfice d'extinction de la créance non déclarée 60

A. La justification de la suppression de la sanction extinction 61

I. Le caractère disproportionné de la sanction extinction 61

a. La gravité relative du défaut de déclaration pour le débiteur 62

b. La portée très large de l'extinction.....66

1. Dans la procédure 67

2. En dehors de la procédure 68

II. Le caractère inadapté de la sanction extinction aux spécificités du droit OHADA 70

a. Les spécificités liées à l'ancienne procédure de production de créance.....71

b. Les spécificités liées à l'esprit de l'AUPC 75

B. La consécration de la suppression de la sanction extinction.....77

I. La consécration innovante en droit français 77

II. La consécration différée en droit OHADA 79

Paragraphe 2. L'approche distincte de l'opposabilité de la créance non déclarée à la caution.....81

A. Une opposabilité explicite en droit français depuis l'ordonnance de 2008 82

I. L'imprécision éphémère de l'opposabilité de la créance non déclarée à la caution inhérente à la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 82

II. L'apport de l'ordonnance de 2008 : clarification sur le sort de la caution.....85

a. La caution ne peut se prévaloir de l'inopposabilité de la créance non déclarée...86

b. L'instauration d'un régime dérogatoire au principe d'opposabilité, dans la sauvegarde, favorable à la caution personne physique.....92

B. Une opposabilité implicite en droit OHADA depuis l'AUPC du 10 septembre 201594

I. La transposition regrettable du passif de la loi du 26 juillet 2005.....94

II. La précision de lege ferenda sur le sort de la caution 96

Section 2. Les limites au paiement de la créance non déclarée 98

Paragraphe 1. Les difficultés de mise en œuvre durant la période d'observation.....99

Paragraphe 2. Les difficultés de mise en œuvre durant l'exécution du plan ou du concordat	102
A. Durant l'exécution du plan	103
B. Durant l'exécution du concordat de redressement.....	105
Paragraphe 3. Les difficultés de mise en œuvre du paiement de la créance non déclarée en cas de clôture de la procédure.....	108
A. L'hypothèse de la clôture de la procédure pour extinction du passif	108
B. L'hypothèse de la clôture de la liquidation judiciaire ou de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif.....	110
C. L'hypothèse de la résolution du plan ou du concordat	111

CHAPITRE 2. L'EXECUTION PONCTUELLE DE L'OBLIGATION DE PAIEMENT

Section 1. L'absence d'anticipation légale de l'exigibilité de l'obligation de la caution dans le cadre du redressement judiciaire	115
Paragraphe 1. L'abandon de l'insolvabilité comme cause de déchéance systématique du terme à l'égard du débiteur	117
A. La simultanéité du terme de l'obligation principale et de l'obligation de la caution.....	118
I. L'approche du droit français.....	119
II. L'approche du droit OHADA	122
B. L'instauration particulière de l'absence de déchéance du terme dans la sauvegarde	124
C. Une solution favorable à la continuité de l'entreprise	125
I. Le cadre de la sauvegarde et du redressement judiciaire.....	126
II. Le cadre de la liquidation judiciaire en droit français	128
Paragraphe 2. L'inopposabilité à la caution de l'anticipation légale de l'exigibilité de la dette en cas de liquidation sans plan de cession	129
A. La déchéance légale du terme, une mesure propre au débiteur	130
I. Une mesure jurisprudentielle en droit français.....	131
II. Une mesure légale en droit OHADA	132
B. L'incompatibilité entre la déchéance légale du terme et la finalité du cautionnement	134

I. L'incompatibilité avec les prévisions de la caution.....	135
II. L'incompatibilité avec les prévisions du créancier	137
a. L'hypothèse de la garantie d'exécution d'une obligation instantanée	137
b. L'hypothèse de la garantie d'exécution d'une obligation à exécution successive	139
Section 2. L'inefficacité relative de l'anticipation conventionnelle de l'exigibilité de la dette principale à l'encontre de la caution	141
Paragraphe 1. L'inefficacité de la clause de déchéance du terme contre la caution	143
A. La clause de déchéance du terme, insérée dans le contrat principal, en cas de sauvegarde et de redressement judiciaire.....	144
B. La clause de déchéance du terme, insérée dans le contrat de cautionnement, en cas de sauvegarde et de redressement judiciaire.....	146
Paragraphe 2. L'efficacité relative de la clause de déchéance du terme contre la caution du débiteur en liquidation judiciaire	148
A. La clause inopérante de déchéance du terme, insérée dans le contrat principal en cas de liquidation judiciaire ou de liquidation des biens.....	149
B. La validité controversée de la clause de déchéance insérée dans le contrat de cautionnement	151
TITRE 2. LA VOLONTE DE SOUSTRAIRE LA CAUTION PERSONNE PHYSIQUE AUX POURSUITES DES CREANCIERS	155
CHAPITRE 1. LA NEUTRALISATION DES POURSUITES CONTRE LA CAUTION PERSONNE PHYSIQUE.....	158
Section 1. La protection de la caution personne physique contre les actions en exécution du cautionnement	161
Paragraphe 1. Le domaine restreint des actions visées	162
A. Les actions en paiement inhérentes à la nature de l'obligation de la caution.....	163
I. La suspension des actions tendant à la mise en œuvre de l'obligation de règlement de la caution.....	163
a. Les actions en paiement d'une somme d'argent.....	164
b. Les actions en paiement dans le cadre de la mise en œuvre d'un cautionnement réel en droit OHADA	166

II. La suspension des actions tendant à la mise en œuvre de l'obligation de couverture dans l'hypothèse d'un compte courant	169
B. Les procédures d'exécution	171
I. La suspension des voies d'exécution en droit français	172
a. La règle de l'interdiction des voies d'exécution contre le débiteur	173
b. L'application du régime à la caution personne physique	177
II. La suspension des procédures d'exécution au sens du droit OHADA	181
a. La suspension des procédures d'exécution contre le débiteur	181
1. La précision du contenu de la règle	182
2. La mise en œuvre de la règle de la suspension des procédures d'exécution ..	184
b. La suspension des procédures d'exécution contre la caution personne physique	188
Paragraphe 2. Une approche distincte de l'application de la théorie de l'accessoire	192
A. Une approche unique en droit français : instauration d'une règle de la suspension des propres à la caution	192
B. Une double approche en droit OHADA	196
I. L'abandon partiel du principe absolu des poursuites contre la caution <i>in bonis</i>	197
a. La suspension des poursuites, une exception non inhérente à la dette au sens du droit OHADA	197
b. La suspension des poursuites contre la caution personne physique, une mesure incompatible avec la finalité du cautionnement	201
II. Une approche innovante, l'opposabilité de la SPI au débiteur dans le règlement préventif	203
III. Une approche commune au droit français par inopposabilité en apparence de la SPI contre le débiteur en cas de redressement judiciaire	205
Section 2. L'encadrement de la règle de la suspension des poursuites	207
Paragraphe 1. Le caractère provisoire de la règle	208
A. La suspension des poursuites contre la caution en droit français	208
I. La limitation légale de la règle à la période d'observation	209
II. L'admission de la restauration du droit de contrainte des créanciers	212
B. La suspension des poursuites contre la caution en droit OHADA	216

I. La fixation d'une durée légale de 4 mois.....	216
II. Une limitation fragilisée dans le cadre du redressement judiciaire.....	218
Paragraphe 2. L'admission des mesures conservatoires contre la caution.....	221
A. La légitimité de la prise des mesures conservatoires contre la caution dans le redressement judiciaire	223
B. Une absence de remise en cause de la suspension provisoire des poursuites contre la caution <i>in bonis</i>	226
I. La prépondérance de la suspension des poursuites contre la caution.....	226
II. Les conséquences liées à la solution prétorienne en droit français	230
CHAPITRE 2. LA PROTECTION DE CERTAINES CAUTIONS DURANT L'EXECUTION DU PLAN OU DU CONCORDAT.....	232
Section 1. Le respect de la volonté des parties de différer l'exécution de l'obligation du débiteur principal.....	234
Paragraphe 1. La prise en compte de la volonté du débiteur et du créancier	235
A. La volonté du débiteur de différer l'exécution de son obligation.....	236
B. Le choix du créancier d'obtenir ultérieurement satisfaction.....	237
Paragraphe 2. Les effets de la mise en œuvre de la volonté.....	240
A. L'effet principal de la suspension des poursuites en exécution de l'obligation principale.....	240
B. Le renforcement de l'actif à court terme du débiteur	242
Section 2. La mise en œuvre différée de la protection de la caution en droit français et en droit OHADA	243
Paragraphe 1. Le modèle français de soustraction de la caution personne physique aux poursuites des créanciers dans le dénouement de la procédure	245
A. Le bénéfice à toutes les cautions des délais de l'accord de conciliation	246
I. L'opposabilité des délais	247
II. L'apport de l'ordonnance du 18 décembre 2008.....	248
III. L'apport de l'ordonnance du 12 mars 2014.....	250
B. Le bénéfice à la seule caution personne physique des délais du plan de sauvegarde.....	251
Paragraphe 2. La transposition du modèle français en droit OHADA.....	254

A. Le fondement de la transposition.....	255
I. Les limites de la solution antérieure à l'adoption de l'AUPC du 10 septembre 2015	256
a. Les limites liées à la nature juridique du concordat préventif	256
b. Les limites liées à la viabilité de la société en règlement préventif	258
II. La modernité de la solution retenue	260
a. Les éléments tirés du droit commun du cautionnement applicable dans l'OHADA	260
b. Les éléments tirés du contexte juridique international.....	263
B. L'instauration de l'opposabilité sous conditions	267

SECONDE PARTIE. LA PORTEE DU PRINCIPE D'EXECUTION DE L'OBLIGATION DE LA CAUTION 274

TITRE 1. L'AUTONOMIE DU MONTANT DE LA DETTE A PAYER PAR LA CAUTION *IN BONIS* 278

CHAPITRE 1. LE MAINTIEN DU *QUANTUM* DE LA DETTE CAUTIONNEE 280

Section 1. La caution et la remise de dette consentie au débiteur.....	282
Paragraphe 1. La caution et la remise de dette dans le redressement judiciaire	283
A. Le fondement relativement partagé en droit français et en droit OHADA.....	284
I. La justification par le caractère personnel de la remise de dette	284
II. La justification par la nature contractuelle de la remise de dette	288
a. La nature contractuelle de la remise de dette	288
b. La caution, un tiers au contrat de remise de dette	291
c. La remise de dette issue du plan ou du concordat, un contrat sans effet extinctif pour la caution	293
B. La mise en œuvre du principe dans le cadre du redressement judiciaire.....	296
I. Dans le cadre de l'exécution du plan ou du concordat de redressement	296
II. Dans le cadre de l'inexécution du plan ou du concordat de redressement.....	297
Paragraphe 2. La caution et la remise de dette dans les procédures préventives	299
A. La remise de dette et la conciliation	300
I. La remise de dette dans le cadre du droit français.....	300

a. L'application des dispositions de l'ancien article 1287 du code civil.....	300
b. Une solution pressentie	303
II. La remise de dette dans le cadre du droit OHADA.....	305
B. La remise de dette dans la sauvegarde et le règlement préventif.....	307
I. La remise de dette et la sauvegarde	307
a. L'opposabilité de la remise de dette par la caution personne physique	307
b. Le bien-fondé de l'opposabilité.....	310
II. La remise de dette dans le règlement préventif.....	313
a. La solution retenue par l'AUPC de 1998	314
b. Le revirement de l'AUPC du 10 septembre 2015	317
Section 2. L'aggravation de l'engagement de la caution consécutive à la transmission du prêt au cessionnaire	319
Paragraphe 1. Les conditions de l'aggravation	321
A. Les critères de l'aggravation de l'engagement de la caution <i>in bonis</i>	321
I. Le critère relatif à la nature du crédit.....	322
II. L'affectation du prêt bancaire au financement de l'investissement du bien cédé.....	325
B. L'extension de l'engagement de la caution aux remboursements dont le débiteur initial est déchargé	326
I. La caution, et la garantie des remboursements antérieurs au plan de cession.....	326
II. La caution, et la garantie des remboursements postérieurs au plan de cession.....	328
Paragraphe 2. La transmission paradoxalement logique du cautionnement	330
A. Le rejet des fondements traditionnels de libération de la caution	331
I. Le rejet du fondement de l'intuitu personae du cautionnement	332
II. Le rejet de l'effet novatoire de la transmission du prêt.....	334
B. L'assimilation des remboursements des échéances postérieures du prêt à une créance antérieure.....	336

CHAPITRE 2. LA VARIATION DU MONTANT DE LA DETTE A PAYER PAR LA CAUTION *IN BONIS*.....340

Section 1. L'augmentation de la dette, inhérente au maintien du cours des intérêts à l'égard de la caution, une approche relativement partagée par les droits français et OHADA	343

Paragraphe 1. Le paiement des intérêts par la caution en surplus de la dette exigible.....	343
A. Le paiement nuancé, en droit français et en droit OHADA, des intérêts dus par le débiteur.....	344
I. Le maintien des intérêts à échoir à l'égard de la caution en droit français.....	344
a. Le paiement par la caution	345
b. La reprise d'une solution prétorienne sous le régime ancien de la faillite	346
II. Le maintien des intérêts à échoir à l'égard de la caution en droit OHADA.....	348
a. Le maintien commun des intérêts contre le débiteur et la caution dans le règlement préventif	349
b. Le maintien exclusif des intérêts contre la caution personne morale dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens.....	350
B. Le paiement des intérêts dus personnellement par la caution.....	351
I. Le principe d'admission des intérêts propres à la caution.....	352
II. Le régime des intérêts admis	353
Paragraphe 2. Les modalités de paiement des intérêts par la caution <i>in bonis</i>	355
A. L'exigence d'une déclaration des intérêts non arrêtés.....	355
I. La précision des modalités de détermination du montant des intérêts non arrêtés.....	356
a. Les modalités de calcul des intérêts	356
b. Le montant des intérêts non arrêtés.....	359
II. La sanction du défaut de précision	361
B. Les éléments de calcul de droit commun.....	363
I. Le jugement d'ouverture	364
II. La notification du jugement d'ouverture, la mise en demeure et la sommation de payer	366
a. Le point de départ des intérêts majorés : la notification du jugement.....	366
b. La mise en demeure et la sommation de payer, point de départ d'autres intérêts	368
Section 2. Une augmentation de la dette aménagée en droit français et en droit OHADA ..	369
Paragraphe 1. Un aménagement au profit de l'attractivité de certaines procédures	370
A. L'opposabilité partielle de l'arrêt du cours des intérêts par la caution personne physique au profit de l'attractivité de la sauvegarde.....	371

B. L'opposabilité controversée de l'arrêt du cours des intérêts par la caution personne physique au profit du redressement judiciaire et de la liquidation des biens.....	374
I. Sous le régime de l'AUPC originel	374
II. La transposition controversée du modèle français de la sauvegarde dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens par la réforme de 2015.....	376
Paragraphe 2. Un aménagement au profit du crédit à moyen et long terme	377
A. Le maintien exceptionnel du cours des intérêts pour les crédits à moyen ou long terme.....	377
B. Les inconvénients de la règle dans la pratique du crédit dans le secteur informel des pays de l'espace OHADA	378

TITRE 2. LA RESTRICTION DU DROIT AU REMBOURSEMENT DE LA CAUTION SOLVENS.....381

CHAPITRE 1. LA DELIQUESCENCE DU RECOURS PERSONNEL DE LA CAUTION INHERENT A LA DISCIPLINNE COLLECTIVE.....384

Section 1. La neutralisation du recours personnel de la caution <i>solvens</i> par les mesures caractéristiques du droit des procédures collectives	387
Paragraphe 1. La soumission du recours de la caution à la suspension des poursuites et des voies d'exécution	389
A. L'assimilation de la créance de remboursement aux créances visées par la règle de la suspension des poursuites	390
I. L'antériorité de la créance de remboursement de la caution <i>solvens</i>	390
II. La créance de remboursement de la caution <i>solvens</i> , une créance non privilégiée	392
B. L'arrêt du recours personnel de la caution <i>solvens</i>	395
Paragraphe 2. La privation du paiement de la caution <i>solvens</i> par la règle de l'interdiction des paiements	398
A. Le principe de l'interdiction de paiement de la caution <i>solvens</i>	399
B. La sanction du paiement interdit de la caution <i>solvens</i>	401
I. La nullité du remboursement reçu par la caution <i>solvens</i>	402
II. La condamnation pénale de la caution <i>solvens</i>	404

Section 2. La neutralisation du recours personnel de la caution <i>solvens</i> par les mesures complémentaires du droit des procédures collectives	406
Paragraphe 1. La neutralisation du recours personnel de la caution solvens durant l'exécution du plan et du concordat	407
A. La restriction par le plan ou le concordat	408
I. La prépondérance de la sérénité des négociations du plan ou du concordat	408
II. La soumission du recours personnel de la caution solvens à l'exécution du plan ou du concordat.....	411
a. La controverse doctrinale	411
b. L'opposabilité des délais et remises de dette du plan ou du concordat à la caution <i>solvens</i> , solution suggérée	413
1. La caution, un créancier non privilégié comme tous les autres.....	414
2. L'opportunité de l'opposabilité des délais et remises de dette à la caution <i>solvens</i>	415
B. La restriction par la clôture du plan ou du concordat	417
I. La clôture pour inexécution du plan	418
II. La clôture pour cessation des paiements	420
Paragraphe 2. La restriction de la portée pratique de l'action en remboursement de la caution dans le cadre de la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif	423
A. L'admission récente du recours en remboursement de la caution en cas de clôture de la liquidation judiciaire et de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif.....	424
I. Consécration du recours en remboursement de la caution en droit français	426
a. Avant la loi 94-475 du 10 juin 1994.....	426
b. Depuis la loi du 10 juin 1994	427
II. La consécration du recours en remboursement de la caution en du droit OHADA	428
a. Sous le régime de l'AUPC originel	428
b. Depuis la réforme de l'AUPC du 10 septembre 2015.....	430
B. Le concours de la caution avec les autres créanciers : un paiement des dividendes, défavorable à la caution <i>solvens</i>	431

I. Le rang de paiements défavorables à la caution <i>solvens</i>	431
II. Une répartition au marc le franc relativement favorable à la caution <i>solvens</i>	433
CHAPITRE 2. LA PRESERVATION ALEATOIRE DE LA CREANCE DE REMBOURSEMENT.....	436
Section 1. La mise en œuvre des mécanismes de protection du droit des procédures collectives et de ceux du droit commun du cautionnement.....	437
Paragraphe 1. L’opportunité de la déclaration préventive de la créance.....	438
A. La soumission de l’efficacité du recours personnel de la caution <i>solvens</i> contre la sous-caution à la déclaration de créance	439
B. La soumission de l’efficacité du recours subrogatoire de la caution <i>solvens</i> à la déclaration de créance du créancier	442
Paragraphe 2. L’opportunité des mécanismes du droit commun	443
A. L’exercice du recours dans les limites du délai de prescription	444
B. La mise en œuvre de la responsabilité pour faute du créancier	447
I. Le recouvrement dans l’hypothèse d’une faute préjudiciable du créancier	448
II. Défaut d’information et sanctions	451
Section 2. La préservation par la mise en œuvre des recours de la caution contre le cofidéjusseur et la sous-caution.....	454
Paragraphe 1. La mise en œuvre du recours de la caution <i>solvens</i> contre les cofidéjusseurs	455
Paragraphe 2. Le recours de la caution <i>solvens</i> contre la sous-caution du débiteur principal	457
Section 3. Le traitement du risque d’insolvabilité de la caution en cas d’échec de son recours en remboursement	459
Paragraphe 1. La protection minimaliste commune au droit français et au droit OHADA	460
A. Le bénéfice des délais de paiement	461
I. Les délais de paiement négociés par la caution en difficulté	461
II. Les délais de paiement accordés par le juge.....	462
B. Le bénéfice des remises de dette.....	463
Paragraphe 2. Protection optimisée en droit français	464

A. L'éligibilité de la caution débitrice à la procédure de surendettement	465
I. Les conditions relatives à la qualité de la caution débitrice	465
II. Les conditions liées à la dette de la caution débitrice	468
B. Les solutions de surendettement favorables à la caution débitrice	469
I. Le bénéfice de la suspension des procédures d'exécution contre la caution débitrice	470
a. La suspension judiciaire des procédures d'exécution contre la caution débitrice	470
b. La suspension légale des procédures d'exécution contre la caution débitrice ...	471
II. Le bénéfice du plan conventionnel de redressement.....	472
III. Le bénéfice du rétablissement personnel sans liquidation judiciaire.....	474
CONCLUSION GENERALE.....	478
BIBLIOGRAPHIE GENERALE	482
TABLEAUX	506
INDEX ALPHABÉTIQUE	507
TABLE DES MATIÈRES.....	510

RÉSUMÉ

Depuis l'entrée en vigueur de loi n° 94-475 du 10 janvier 1994, le législateur français s'est inscrit dans un processus de protection, au demeurant intéressé, du dirigeant caution dans l'optique de favoriser le redressement du débiteur en difficulté. Ce processus qui a atteint son point culminant lors de la réforme de 2005 a eu une influence sur le droit des procédures collectives applicables dans l'espace OHADA non sans heurter l'équilibre de l'institution du cautionnement dans sa globalité. Depuis la réforme de l'AUC du 10 septembre 2015, le droit OHADA adopte le même régime de traitement de la caution du débiteur en difficulté que le législateur français. Celui-ci consiste à favoriser le sort de la caution en instrumentalisant sa situation tant que l'espoir de sauver le débiteur en difficulté subsiste réellement. Cela se traduit notamment par une application ciblée de la règle de l'accessoire dans différentes étapes de la procédure selon un fil conducteur presque identiquement défini par chaque législateur, pourtant dans un environnement juridique et social différent. L'impact de ce paradoxe sur la protection efficiente de la caution se fait ressentir dans l'application des mesures de discipline collective à la caution d'une part, et l'exercice des recours de celle-ci d'autre part.

MOTS CLÉS : Cautionnement, procédures collectives, garanties de paiement, droit des affaires.

ABSTRACT

Since the introduction of the law n° 94-475 on 10 January 1994, the French legislator has been part of a process of protection, while still interested, of the bail leader with the aim of promoting the recovery of the debtor in difficulty. This process, which culminated in the 2005 reform, had an influence on the law of collective procedures applicable in the OHADA area, not without striking the balance of the bonding institution as a whole. Since the reform of the AUC on 10 September 2016, OHADA law has adopted the same regime for processing the bail of the debtor in difficulty as the French legislator. It consists in promoting the fate of the surety by exploiting its situation as long as the hope of saving the debtor in difficulty really remains. This includes a targeted application of the accessory rule in different stages of the procedure according to a common thread almost identically defined by each legislator, yet in a different legal and social environment. The impact of this paradox on the efficient protection of the surety is felt in the application of measures of collective discipline to the surety on the one hand, and the exercise of the bail on the other.

KEY MOTS: Bail, collective procedures, guarantees of payment, business law.