

**UNIVERSITE DE LOME**  
FACULTE DE DROIT  
LOME-TOGO

Laboratoire de Recherche  
Centre du Droit des Affaires

**UNIVERSITE DU MAINE**  
UFR- DROIT ET SCIENCES ECONOMIQUES  
LE MANS-FRANCE

Laboratoire de Recherche  
Groupe de Recherche en Droit des Affaires

# **LE CAUTIONNEMENT A L'EPREUVE DES PROCEDURES COLLECTIVES**

**Cotutelle de thèse pour l'obtention du diplôme de Doctorat**

**Option : Droit Privé**

Présentée et soutenue publiquement le 28 novembre 2008 par :

**Koffi Mawunyo AGBENOTO**

**Composition du Jury :**

**Filiga Michel SAWADOGO**, Professeur titulaire à l'Université de Ouagadougou,  
Président

**Akuété SANTOS**, Professeur agrégé, Doyen de la Faculté de Droit, Université de Lomé,  
Directeur des recherches

**Philippe DUPICHOT**, Professeur agrégé, Université du Maine, Co-directeur

**Augustin AYNES**, Professeur agrégé, Université de Bourgogne (Dijon), Membre

**François Kuassi DECKON**, Professeur agrégé, Université de Lomé, Membre

## **DEDICACE**

*A mon papa qui a connu les affres du droit de la faillite !  
A mes enseignants pour leur soutien et leurs conseils éclairés.*

### **Avertissement**

« Les facultés n'entendent donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

## ABREVIATIONS

Act. lég. Dalloz.	Actualité législative Dalloz
Act. proc. coll.	Actualité des procédures collectives
<i>Adde</i>	Ajouter
AJ	Actualité de jurisprudence
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
Al.	Alinéa
AOF	Afrique occidentale française
APD	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
AU	Acte uniforme de l'OHADA
AUDCG	Acte uniforme relatif au droit commercial général
AUSCGIE	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
AUPC	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AUS	Acte uniforme portant organisation des sûretés
AUVE	Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
Banque	Revue Banque
Banque et Droit	Revue Banque et Droit
BCEAO	Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest
BGB	Bürgerliches Gezetzbuch (Code civil allemand)
Bibl. dr. pr.	Collection Bibliothèque de droit privé
BRDA	Bulletin Rapide de Droit des Affaires (F. Lefebvre)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation française, chambre civile
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahier de droit de l'entreprise
Cass. Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation française
Cass. civ. (1 <sup>re</sup> , 2 <sup>e</sup> , 3 <sup>e</sup> )	Cour de cassation française, première, deuxième ou troisième chambre civile
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation française
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation

Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
CE	Conseil d'Etat français
CECA	Caisse d'épargne et de crédit aux artisans
CCI	Chambre de commerce internationale
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de Justice des Communauté Européennes
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
Coll.	Collection
Com.	Commentaires
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
Cf.	Conférer
Cons. Cons.	Conseil constitutionnel
<i>Contr.</i>	En sens contraire
Cont. conc. cons.	Revue Contrat, concurrence et consommation
D. Aff.	Recueil Dalloz affaires
D.	Recueil Dalloz
D H	Recueil Dalloz hebdomadaire
D P	Recueil périodique Dalloz
Doc. AN	Documentation de l'Assemblée nationale française
Doctr.	Doctrine
éd.	Edition
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
F. CFA	Franc de la Communauté Financière Africaine
FF	Franc français
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibidem</i>	Au même endroit
In	Dans
IR	Informations Rapides (Dalloz)
<i>Infra</i>	Plus bas
J.-Cl. civ.	Juris-classeur civil
J.-Cl. com.	Juris-classeur commercial

JCP E	Juris-classeur périodique, édition Entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique, édition Générale
JCP N	Juris-classeur périodique, édition Notariale
JO	Journal Officiel
JORF	Journal Officiel de la République Française
Joly	Bulletin Joly sociétés
Jur.	Jurisprudence
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
M.	Monsieur
n°	Numéro
NCPC	Nouveau code de procédure civile
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique de Droit des Affaires
Obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	Dans l'ouvrage précité
Ord.	Ordonnance
p.	Page
pan.	Panorama
préc.	Précité
préf.	Préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Quot. Jur.	Quotidien juridique
Rapp.	Rapport
Rappr.	Rapprocher
RCCM	Registre de Commerce et de Crédit Mobilier
Rev. crit.	Revue critique de législation et de jurisprudence
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RD bancaire et bours.	Revue de droit bancaire et de la bourse
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue de droit des contrats
RD imm.	Revue de droit immobilier
RGDA	Revue générale de droit des assurances
Rev. huiss.	Revue des huissiers
RIDC	Revue internationale de droit comparé

RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
RRJ	Revue de recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rev. soc.	Revue des sociétés
S	Sirey
s.	Suivant (e) s
Somm.	Sommaire
Somm. com.	Sommaire commenté
Spéc.	Spécialement
Suppl.	Supplément
Supra	Plus haut
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
TPI	Tribunal de première instance
TRHC	Tribunal régional hors classe
UEMOA	Union économique et monétaire ouest-africaine
UMOA	Union monétaire ouest-africaine
UNIDA	Association pour l'Unification du Droit en Afrique
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit privé
V.	Voir
V°	Verbo (mot)
Vol.	Volume

## SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE .....	6
PREMIERE PARTIE .....	24
L'ALTERATION DU CARACTERE ACCESSOIRE DU CAUTIONNEMENT PAR LES PROCEDURES DE SAUVETAGE DU DEBITEUR PRINCIPAL .....	24
TITRE I – L'ALTERATION DU CARACTERE ACCESSOIRE DU CAUTIONNEMENT PAR LA PREVENTION DES DIFFICULTES DU DEBITEUR PRINCIPAL.....	26
CHAPITRE I- L'ALTERATION DU DROIT DU CAUTIONNEMENT PAR L'ADOPTION DES MESURES PREVENTIVES .....	30
CHAPITRE II - L'ALTERATION DU DROIT DU CAUTIONNEMENT PAR LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES PREVENTIVES.....	70
TITRE II – L'ALTERATION DU CARACTERE ACCESSOIRE DU CAUTIONNEMENT PAR LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE DU DEBITEUR PRINCIPAL.....	103
CHAPITRE I - L'ALTERATION DU DROIT DU CAUTIONNEMENT A L'OUVERTURE DE LA PROCEDURE DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE .....	105
CHAPITRE II- L'ALTERATION DU DROIT DU CAUTIONNEMENT PAR LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DES DIFFICULTES DU DEBITEUR PRINCIPAL .....	155
SECONDE PARTIE .....	198
LA SURVIE DU CAUTIONNEMENT DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES .....	198
TITRE I – LE MAINTIEN DES REGLES DU DROIT COMMUN DE PROTECTION DE LA CAUTION CONTRE LE RISQUE INHERENT AU CREDIT.....	200
CHAPITRE I - LE MAINTIEN DES REGLES DU DROIT COMMUN RELATIVES A L'EXISTENCE ET L'ETENDUE DE LA CREANCE .....	202
CHAPITRE II - LE MAINTIEN DES DEVOIRS LEGAUX A LA CHARGE DU CREANCIER.....	253
TITRE II - LE MAINTIEN DU DROIT DU CAUTIONNEMENT DANS LA PROCEDURE DE LIQUIDATION DES BIENS .....	308
CHAPITRE I - LA COMPATIBILITE DE LA NATURE DU CAUTIONNEMENT AVEC LA DEFAILLANCE DEFINITIVE DU DEBITEUR.....	310
CHAPITRE II – LE MAINTIEN DU MECANISME DE LA SUBROGATION DANS LA LIQUIDATION DES BIENS .....	354
CONCLUSION GENERALE .....	397

## INTRODUCTION GENERALE

1. « *On chasse le naturel (l'accessoire) et il revient au galop* » ! Cet adage exprime bien qu'il existe entre la sûreté de cautionnement et les procédures collectives quelque chose de la « *vieille rivalité entre le canon et la muraille* »<sup>1</sup>. Or, les enjeux économiques et les exigences de la société de consommation, hier comme aujourd'hui, et, notamment dans l'espace OHADA<sup>2</sup> trouvent leur force dans le crédit. Seulement, les établissements financiers ou les particuliers sollicités exigent toujours un certain nombre de garanties avant la mise en place de leur concours financier afin de se prémunir contre la « faillite » éventuelle de l'emprunteur. Le cautionnement est l'une des garanties les plus souvent usitées parmi les sûretés personnelles ou réelles et l'assurance crédit. Contrat par lequel une personne, la caution, s'engage envers le créancier, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même<sup>3</sup>, le cautionnement, a-t-on pu écrire, « *est incontestablement l'une des garanties les meilleures qu'on puisse donner à une banque, si ce n'est pas toujours la plus sûre, en tout cas la plus pratique dans le domaine de la prévention et du recouvrement des impayés* »<sup>4</sup>. Cependant, l'essor du cautionnement a entraîné un contentieux abondant qui témoigne tant de sa vitalité que des difficultés que suscite sa mise en œuvre.

2. **Le paiement de la dette d'autrui : au commencement était la rivalité familiale.** Sous l'empire du droit romain, le cautionnement trouve son origine dans la solidarité familiale et se réalise au moyen d'un contrat verbal, la « *sponsio* » pour les citoyens romains et la « *fidepromissio* » pour les pérégrins<sup>5</sup>. Primitivement, les cautions, au lieu de promettre, conformément à l'idée moderne de garantie, le fait d'autrui, promettaient leur propre fait ; autrement dit, elles acceptaient purement et simplement la responsabilité de la dette du débiteur principal et non conditionnellement de la payer au cas où celui-ci n'exécuterait pas son

---

<sup>1</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, Rapport de synthèse sur le colloque intitulé : « Sûretés et procédures collectives : morceaux choisis », *Petites affiches*, 2000, n° 188, p. 41.

<sup>2</sup> K. MBAYE (« L'histoire et les objectifs de l'OHADA ») a pu préciser que l'OHADA est « *un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance* », *Petites affiches*, 13 oct. 2004, n° spéc. du colloque du 22 nov. 2002 à Paris, centre Panthéon, Université Paris II par l'Association Henri Capitant, sur OHADA : « L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires », p. 4. L'OHADA est un espace juridique qui regroupe les pays suivants : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo (Brazza), Côte-d'Ivoire, Gabon, Guinée (Conakry), Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo et RDC (la République Démocratique du Congo, en cours d'adhésion). Sur l'apparition du droit OHADA en général, voir, [www.OHADA.com](http://www.OHADA.com) ; B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, avec la participation de P. ANCEL, B. LE BARS et R. MASAMBA, Litec, 2004 ; J. LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », *RIDC*, 1999, p. 543 et s.

<sup>3</sup> Article 3, al. 1<sup>er</sup>, de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés.

<sup>4</sup> F. TOTSI et A. CROSTO, *L'impayé et l'entreprise*, éd. Administrative, Paris, 1978, 53.

<sup>5</sup> J. MACQUERON, *Le cautionnement, moyen de pression dans la pratique contemporaine de Cicéron*, Annales de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, nouvelle série, 1958, t. L, p.101 à 132, n° 50 ; du même auteur, *Le cautionnement, Cours des Pandectes*, Aix-en-Provence, 1950-1951, p. 42.

engagement. Ainsi, les débiteurs n'offraient que la garantie de leurs proches et puisqu'il existait entre les membres d'une famille un patrimoine commun, les garants faisaient figure de débiteurs principaux, à l'image des codébiteurs solidaires en raison de l'intérêt commun qui les liait. Si tel n'était pas le cas, la caution, à l'image du plège de l'époque féodale, doit être un personnage influent, capable de contraindre moralement, sinon matériellement, le débiteur à agir comme il l'a promis, ou alors, elle sera une sorte d'otage dont le créancier pourra s'emparer, le cas échéant et le garder emprisonné jusqu'à l'exécution par le débiteur de la promesse cautionnée<sup>6</sup>. De la sorte, la caution, bien que tenue plus sévèrement que le débiteur principal, est rarement forcée à l'exécution ; son engagement s'éteint à sa mort. La présence de l'otage exercerait une contrainte morale sur le débiteur et l'inciterait à s'acquitter de son engagement.

3. La rigueur du cautionnement de cette époque serait liée aux mœurs et usages du moment. Il y va donc de l'honneur du débiteur principal de ne pas laisser poursuivre ceux qui, amis et parents, étaient intervenus pour lui. L'existence d'une caution ainsi rigoureusement tenue aurait alors pour but d'exercer une pression sur le débiteur principal pour l'inciter à exécuter lui-même ses engagements<sup>7</sup>. Les préceptes bibliques expriment mieux cette idée en ces termes : « *Mon fils, si tu as donné un gage pour autrui, si tu as répondu pour un étranger, si tu es lié par des paroles de tes lèvres, si tu es captif des paroles de ta bouche, fais donc ceci, mon fils: dégage-toi, puisque tu es entre les mains de ton prochain ; va, hâte-toi, et presse-le avec insistance, point de sommeil à tes yeux, point de repos à tes paupières. Dégage-toi comme la gazelle du filet, et comme l'oiseau de la main de l'oiseleur* »<sup>8</sup>.

4. En droit traditionnel africain, sans évoquer expressément la notion de cautionnement, il est admis que la famille est partie dans tout contrat conclu par un de ses membres, même si elle n'y est pas partie et que son intervention n'y est pas évoquée. L'existence de cette solidarité familiale est très souvent attestée. Le mal suprême étant la honte, aucune famille n'acceptera de laisser impayée une dette d'un de ses membres : après le respect dû aux ancêtres, le second fondement des obligations dans la tradition africaine était l'honneur et la dignité du groupe. Ce serait livrer tout le clan à la médisance et à la honte que de contourner une obligation par un

---

<sup>6</sup> Pour une étude particulièrement riche des modes primitifs de cautionnement, J. COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, thèse Nancy, 1957, p. 17 et s. ; J. MACQUERON, *Le cautionnement. Cours des Pandectes*, préc., p. 42 ; R. FEENSTRA, « Le caractère accessoire des différents types de cautionnements verbis en droit romain classique », *Etudes J. MACQUERON*, Editions de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 1970, p. 383 et s.

<sup>7</sup> J. MACQUERON, *Le cautionnement, moyen de pression dans la pratique contemporaine de Cicéron*, préc., p.101 à 132, n° 50..

<sup>8</sup> La Sainte Bible, ancien Testament, Proverbes 6, 1-5.

artifice, car on aurait vite fait de déclarer dans les contrées avoisinantes qu'il faut se méfier comme de la peste des membres de tel clan<sup>9</sup>. Dans la hiérarchie des sanctions pour défaut d'exécution du contrat, une des premières places revient au discrédit jeté par le créancier impayé sur la famille de son débiteur. Généralement, à cet effet, le créancier mécontent va au marché « défaire la réputation » de son cocontractant malhonnête. Pour éviter ce déshonneur public, les autres membres de la famille acceptent de se sacrifier pour rembourser la dette de leur parent. Cette solidarité familiale connaît d'ailleurs différents degrés dans la spontanéité : elle est parfois subie. Ainsi, par exemple, en Pays Dagari, au sud du Burkina Faso, « pour récupérer sa créance, le créancier avertit le débiteur qu'il emploiera tous les moyens. Avec l'appui de sa propre famille et l'autorisation de son chef, le créancier peut enlever un parent cher au débiteur. La personne enlevée est enterrée jusqu'au cou près de la maison du créancier ; la famille du créancier monte avec arcs, flèches et lances sur la terrasse et attend que la famille du débiteur vienne acquitter la dette »<sup>10</sup>.

5. Ce rappel montre ainsi combien, en matière d'obligation, les membres d'une même famille sont liés entre eux pour le meilleur mais aussi pour le pire car, par exemple, le dénouement de cette « procédure » ci-dessus décrite n'est toujours pas heureux : « si les membres de la famille du débiteur se sentent suffisamment forts pour délivrer leur membre sans rembourser l'argent, l'affaire peut se terminer par des morts (...). Mais en général, ils considèrent l'enlèvement comme un déshonneur, et ils s'efforcent de rembourser la dette »<sup>11</sup>. On ne saurait mieux dire qu'en droit traditionnel africain, la période de remboursement du débiteur défaillant crée toujours une situation conflictuelle et démontre aussi que conclure un contrat est toujours le fait d'une famille et que l'exécuter n'est pas tant s'acquitter d'une obligation promise à l'autre que régler en cette prestation même une dette contractée envers et par le propre groupe familial : il y va de la dignité de la famille et c'est ce qui explique la solidarité dans l'exécution du contrat entre les membres d'une même famille.

6. Cependant, la mutation de la société a entraîné une évolution de la sûreté : avec l'apparition de la notion d'effort individuel, la famille devient moins unie qu'autrefois ; son extension infinie

---

<sup>9</sup> X. DIJON, « Eléments de droit comparé pour une théorie générale des contrats coutumiers au Burkina », *Revue Burkinabè de Droit*, n° 7, janv. 1985, p. 17 et s., spéc. p. 30.

<sup>10</sup> En droit traditionnel africain, d'une manière générale, « la famille est partie au contrat dès le moment où un de ses membres y est partie, même si cela n'est pas expressément dit. C'est dès lors un devoir d'honneur que d'assister le membre engagé si celui-ci se trouve défaillant », témoignage Mossi (Burkina Faso) recueilli par X. DIJON, art. préc., p. 30.

<sup>11</sup> X. DIJON, art. préc., p. 36 ; voir également, N. DJIMASNA, « De la solidarité du cautionnement issu du Traité de l'OHADA », *Revue juridique tchadienne*, en ligne ([www.cefad.org/Droit\\_au\\_Tchad](http://www.cefad.org/Droit_au_Tchad)).

ruine tout sens de solidarité entre ses membres. De la famille comme lieu d'obligation, on passe à l'individu comme sujet de droit ; la recherche du profit a remplacé la bienveillance mutuelle, et la rationalité judiciaire moderne prend la place du jugement des vieux et des ancêtres. Il n'y a plus forcément entre le débiteur et ses garants des liens de parenté, d'amitié mais souvent des relations d'affaires. Il devient par conséquent très difficile de trouver des cautions prêtes à se soumettre à ce régime très rigoureux relevé ci-dessus.

7. Evidemment, dans les systèmes juridiques romano-germaniques, la rigueur à l'encontre de la caution s'est adoucie par une série de lois depuis l'époque républicaine en France qui accorde successivement à la caution un recours contre le débiteur (*lex pubilia*), contre les autres cautions lorsqu'elle a payé plus que sa part (*lex appuleia*), le bénéfice de division et la libération du garant deux ans après l'échéance (*lex furia*)<sup>12</sup>. Ces lois, jugées trop favorables à la caution, ont conduit à la création de nouveaux procédés. Dès la fin de la République et au début de l'Empire se développent deux techniques dont la fusion est à l'origine du contrat actuel de cautionnement : la « fidejussio », contrat formaliste, véritable sûreté à but économique, présentant un caractère accessoire, par lequel la caution garantit l'exécution pour le débiteur principal, et le « mandat », contrat par lequel la caution donne l'ordre au créancier de faire crédit au débiteur. Le Code civil, héritier de ces règles, régit un cautionnement de bienfaisance, à caractère familial, avant de devenir un véritable mécanisme du droit des affaires. Tenant compte de la mutation de la société africaine, le droit uniforme issu du Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993, entré en vigueur le 18 septembre 1995, a repensé le cautionnement<sup>13</sup> dans le sens

<sup>12</sup> Sur l'ensemble de cette question, voir A. E. GIRARD, *Précis de droit romain*, 2<sup>e</sup> éd., 1936, n° 510 et s.

<sup>13</sup> Au lendemain de l'indépendance des pays africains de la zone franc, le droit des sûretés était hérité du droit français tel que le Code civil (anc. art. 2011 et s.), le code de commerce et, éventuellement des textes spéciaux le leur avait légué. Les dispositions relatives aux sûretés immobilières (hypothèques, privilèges immobiliers spéciaux, antichrèse) avaient été abrogées et remplacées par les textes coloniaux de droit foncier : voir, Décret du 26 juill. 1932 portant réorganisation de la propriété foncière en Afrique occidentale française promulgué par arrêté du 12 avr. 1933, *J. O. AOF* du 20 avr. 1933, p. 426 ; deux décrets du 21 juill. 1932 pour le Cameroun, *J. O. Cameroun*, 1934, p. 230, *J. O. R. F.*, 24 juill. 1932 et rectificatif, p. 8720 ; *J. O. C.*, 1932, p. 618 et *J. O. C.*, 1934, p. 230. Sur la question, G. J. BOUVENET et R. BOURDIN, *Codes et Lois du Cameroun*, tome IV, Economie générale et finances publiques, 1958, p. 45 et 57. De plus, voir également, le Décret du 23 sept. 1922 promulgué par arrêté du 31 janv. 1923 rendant applicable au Togo, les dispositions du Décret du 24 juill. 1906, *Bull. officiel des colonies*, 1906, p. 681 ; *J. O. du Territoire du Togo*, n° 29 du 1<sup>er</sup> févr. 1923, p. 46 ; *J. O. R. F.*, 28 déc. 1922 ; Décret du 28 mars 1899 applicable au Congo modifié par le Décret du 12 déc. 1920 et étendu aux pays de l'Afrique équatoriale française, *Bulletin officiel des colonies*, 1899, p. 346. Par ailleurs, à part le Sénégal (Loi 76-60 du 1<sup>er</sup> juin 1976 portant troisième partie du code des obligations civiles et commerciales concernant les garanties des créanciers (art. 827 et s. concernant les sûretés et art. 927 et s. concernant les mesures collectives et les sanctions relatives à la défaillance du débiteur) et le Mali (Loi n° 86-13 du 21 mars 1986 portant code de commerce malien : art. 151 et s. relatifs au privilège du vendeur et au nantissement du fonds de commerce), aucun pays africain de la zone franc n'avait entrepris la réforme des sûretés, si bien que ce droit, bien que vieilli et nécessitait une reprise presque complète (F. ANOUKAHA, A. Cisse-Niang, M. Foli, J. Issa-Sayegh, I. Y. Ndiaye et M. Samb, *OHADA. Sûretés*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 3, n° 6). C'est alors que l'OHADA, dans un Acte uniforme adopté le 17 avr. 1997 par le Conseil des ministres de cette organisation à procéder à cette réforme. Sur la question, F. ANOUKAHA, *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, Presses universitaires africaines, Yaoundé, 1998 ; J. ISSA-SAYEGH,

de l'aménagement du sort de la caution, en reprenant les solutions pertinentes du droit français, protectrices de la caution en droit commun<sup>14</sup>.

**8.** Mais alors, le cautionnement et les procédures collectives font-ils bon ménage ? Le débiteur principal étant en difficulté, le créancier va vouloir légitimement obtenir paiement de sa créance, à l'encontre de la caution, indépendamment de toute poursuite contre le débiteur principal. Il se pose alors la question des répercussions d'une procédure collective du débiteur principal sur l'existence, l'étendue, l'exigibilité et l'extinction de la dette garantie par la caution. Seulement, la procédure collective est à la créance ce que le cas fortuit est à la chose ; ainsi, si le cas fortuit peut entraîner la disparition de la chose, la procédure collective peut entraîner l'altération, voire l'extinction, du droit de créance.

**9. Protection de la caution et procédures collectives : un contraste permanent d'adaptation du Droit aux réalités économiques et sociales.** Le droit apparaît comme une technique subordonnée, un instrument de réalisation du but économique<sup>15</sup> qui essaye, en raison de la multitude des intérêts en jeu, d'être en harmonie avec la situation qu'il régit, afin d'assurer la survie en priorité de son potentiel économique<sup>16</sup>. Ainsi, le traitement des difficultés du débiteur apparaît comme « *une pure technique d'intervention des autorités publiques ou judiciaires dans*

---

« Organisation des sûretés », *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, n° 2, p. 35 ; J. ISSA-SAYEGH, « Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », in *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2008, p. 619 et s. ; J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme portant organisation des sûretés », Commentaires, *EDICEF/Editions FFA*, 2000 ; A. SAKHO et I. NDIAYE, « Pratique des garanties du crédit, OHADA, Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Revue africaine des banques*, oct. 1998 ; D. WAR, « Harmonisation du droit des affaires : ouragan sur le superprivilège des travailleurs », *Revue EDJA*, oct.-déc. 1995, n° 27, p. 47 ; J. LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », préc., 543 et s. ; N. DJIMASNA, *Réflexions sur l'efficacité des sûretés personnelles dans le droit uniforme issu du Traité de l'O. H. A. D. A.*, thèse, Orléans, 2006.

<sup>14</sup> M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Petites affiches*, 13 oct. 2004, n° 205, p. 31, où l'auteur affirme, avec raison que « *l'Acte uniforme se trouve, pour l'essentiel, dans le droit français* » ; F. ANOUKAHA, A. CISSE-NIANG, M. FOLI, J. ISSA-SAYEGH, I. Y. NDIAYE et M. SAMB, *OHADA. Sûretés*, préc., p. 3, n° 6. Dans le même sens, F. M. SAWADOGO, *OHADA. Entreprises en difficulté*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 6, où l'auteur précise que « *l'évolution du droit des entreprises en difficulté en France est éclairante à plus d'un titre : tous les Etats francophones d'Afrique, soit avaient conservé la législation française léguée pendant la colonisation, soit s'inspiraient plus ou moins fidèlement des réformes qui ont été introduites en France après les indépendances* » ; adde, Ph. TIGER, « Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA », *Petites affiches*, 13 oct. 2004, n° 205, p. 35.

<sup>15</sup> K. MBAYE (« L'histoire et les objectifs de l'OHADA », art. préc., p. 7) a souligné que l'OHADA est « *un outil juridique imaginé et réalisé (...) pour servir l'intégration économique et la croissance* » ; J. R. GOMEZ, *OHADA. Entreprises en difficulté. Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, préf. Ph. DELEBECQUE, Bajag-Meri, Revue d'Analyses et de Perspectives africaines, 2003, p. 13 et s.

<sup>16</sup> Sur l'adaptation du droit à la réalité des faits économiques : Ch. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron. p. 251 et s. ; E. DU PONTAVICE, « La part du droit dans la vie économique », *RJ com.* 1975, p. 213 ; B. OPPETIT, « Développement économique et développement juridique », *Mélanges A. SAYAG*, Litec, 1997, p. 71 ; G. VEDEL, « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges VIGREUX*, p. 766.

la vie économique et de gestion de leurs entreprises par les agents économiques »<sup>17</sup>. Cette intervention, qui est marquée par une adaptation aux bouleversements économiques et sociaux, est caractérisée par la volonté de traduire « à l'état de règle, le but qui a été entrevu par la politique juridique »<sup>18</sup>. Toute la structure d'une science dépend en effet de l'idée que l'on se fait de sa finalité : « le droit ne constitue pas un système fermé, statique, mais un moyen permettant d'atteindre certains buts, de promouvoir certaines valeurs »<sup>19</sup>. Cette ambition concerne le droit objectif dans son ensemble mais plus particulièrement le droit des procédures collectives qui est « le premier des droits économiques qui se définit par un rapport d'instrumentalisation par rapport à la réalité »<sup>20</sup>. Cette réalité économique et sociale est perceptible en la matière depuis le code de commerce et n'a cessé d'évoluer.

**10.** En fait, la faillite était une voie d'exécution collective des biens du commerçant défaillant qui consistait, pour protéger les créanciers, à saisir et à vendre les biens du failli frappé de dessaisissement total, pour répartir le produit entre les créanciers munis de sûretés et les créanciers chirographaires selon la règle de l'égalité, autrement dit, proportionnellement au montant de la créance. Le caractère collectif de la procédure est traduit par la masse qui unit les créanciers. Le droit de la faillite était dominé par son caractère répressif, puis moral<sup>21</sup>.

**11.** A l'origine, si la finalité traditionnelle de la « faillite » était conçue pour protéger le créancier, elle a depuis laissé place à une législation d'une moindre rigueur envers le débiteur, tout en affirmant l'importance de l'entreprise et en valorisant son sauvetage. Ainsi, le droit de la faillite, devenu récemment, le droit des entreprises en difficulté, rend compte d'une évolution qui s'est opérée au détriment des prérogatives discrétionnaires des créanciers au profit des intérêts de

<sup>17</sup> B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Précis Dalloz, 1999, n° 87, p. 105.

<sup>18</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales*, Sirey, 1946, n° 9, p. 75.

<sup>19</sup> B. SOINNE, « Bilan de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires : Mythes ou réalités. Propositions de modification », *Rev. proc. coll.* 1993, p. 355 et s.

<sup>20</sup> M. A. FRISON-ROCHE, « Le législateur des procédures collectives et ses échecs », *Mélanges A. HONORAT*, p. 113 et s.

<sup>21</sup> L'évolution historique de la faillite montre que trois finalités se sont succédées. Dans un premier temps, le législateur a voulu punir le commerçant qui n'honorait pas ses engagements. Puis, il a voulu protéger les créanciers impayés. Enfin, à une époque beaucoup plus récente, il s'est préoccupé d'assurer la survie des entreprises qui méritaient d'être sauvées : voir dans ce sens, J. PAILLUSSEAU, « Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté », *Mélanges R. HOUIN*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 109 et s. Sur l'ensemble de la question, E. THALLER, *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des faillites et des banqueroutes et des liquidations judiciaires*, par J. PERCEROU, t. 1, Rousseau éditeur, 1907, n° 5 et s., p. 4 et s. ; R. ITHURBIDE, *Histoire critique de la faillite*, LGDJ, 1973, p. 3 et s. ; J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, n° 187 et s., p. 305 et s. ; G. RIPERT et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2000, n° 2794 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 2, *Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite*, 9<sup>e</sup> éd., Economica, 2003, n° 1007 et s. ; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 1995, n° 1 et s. ; J. FOYER, « De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises », *Mélanges AZARD*, Cujas, 1980, p. 54.

l'entreprise. En effet, le législateur français de 1967, inspiré par les impératifs économiques, dissocie le sort de l'entreprise de celui de la personne de son dirigeant.

12. Le redressement de l'entreprise devient une nécessité mais il repose inéluctablement sur des sacrifices de la part des créanciers puisque sa sauvegarde doit primer sur les intérêts privés. De plus, l'adoption de l'ordonnance du 23 septembre 1967 sur la procédure de suspension provisoire des poursuites et de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement judiciaire a démontré d'une façon claire une idée force fondée sur la situation économique du débiteur d'autant plus que l'entreprise qui peut être sauvée doit l'être afin d'éviter les désordres économiques et sociaux qu'entraînerait sa disparition. A cet égard, la défaillance du débiteur principal, personne physique ou personne morale, est devenue un des risques majeurs pouvant entraîner une réaction en chaîne lourde de conséquences économiques et sociales auxquelles l'on a tenté de remédier par divers moyens<sup>22</sup>. Les plus extrêmes se situent au niveau du traitement des difficultés par le sursis de paiement, la gestion contrôlée, les remises concordataires, l'arrêt du cours des intérêts et d'autres mesures d'apurement du passif, aussi bien pour les entreprises que pour les particuliers commerçants<sup>23</sup>. Le droit uniforme est dans ce sillage législatif et prévoit trois sortes de procédures : le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens<sup>24</sup>.

13. Face à la particularité de la situation des entreprises en difficulté, les règles traditionnelles mises à la disposition des créanciers pour contraindre un débiteur qui vient à ne pas tenir ses engagements se révèlent inopérantes<sup>25</sup>. Il ne fait aucun doute qu'il faut payer les créanciers en respectant la parole donnée, mais la politique législative telle qu'envisagée par le législateur de nos jours, confère au débiteur « *le droit de ne pas payer ses dettes* » momentanément ou durablement<sup>26</sup>. Dans un tel contexte, la défaillance des entreprises n'est pas seulement l'affaire du créancier : elle intéresse également l'Etat en raison des conséquences d'ordre économique et d'ordre social pouvant en découler. Guyon affirmait, à ce sujet, que « *la collectivité tout entière ne peut se désintéresser du sort d'une entreprise dont la disparition augmentera le chômage, dégradera l'environnement économique d'une région et fera parfois cesser une production nationale, obligeant à recourir à l'importation* »<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> F. M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, préc., p. 3.

<sup>23</sup> Art. 77 Acte Uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

<sup>24</sup> L'article 2 AUPC définit les trois types de procédures collectives.

<sup>25</sup> Suspension des poursuites individuelles.

<sup>26</sup> G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.* 1936, chron. p. 37.

<sup>27</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, n° 1005, p. 6 et s.

14. Il s'ensuit que la sauvegarde de l'entreprise devient une priorité au détriment des partenaires économiques. Dans ce cas, le créancier bénéficiaire du cautionnement se tournera vers la caution car, la sûreté a pour fonction essentielle d'assurer le paiement de la dette lorsque le débiteur n'y satisfait pas. L'ouverture d'une procédure collective constitue donc, dans une large mesure, l'ultime moment pour réaliser la garantie<sup>28</sup>. Certains ont pu soutenir que rien ne peut jouer contre le créancier<sup>29</sup>. D'autres estiment que le droit des procédures collectives est ainsi comparable à « l'état d'urgence, qui suspend l'application des lois habituelles jusqu'au rétablissement de l'ordre républicain »<sup>30</sup>.

15. Or, d'un point de vue conceptuel, depuis Pothier, il est enseigné que l'engagement de la caution est accessoire par rapport à l'engagement du débiteur principal<sup>31</sup>. Revêtant une dimension toute particulière, le caractère accessoire attaché au cautionnement est devenu un guide de la pensée juridique en matière de cautionnement, tantôt perçu comme une norme<sup>32</sup>, tantôt érigé en un dogme<sup>33</sup> ou, encore, une hypothèse théorique communément reçue à partir de laquelle sont échafaudées des problématiques et des solutions. La Cour de cassation française, depuis un arrêt du 19 février 1908, a pris le soin de préciser que « le cautionnement n'est que l'accessoire de la dette principale, et il importe peu qu'il s'agisse d'un cautionnement solidaire, puisque cette solidarité ne change pas la nature du cautionnement »<sup>34</sup>. Selon la doctrine classique, le principe de l'accessoire, « véritable clé de voûte de tout système des sûretés personnelles »<sup>35</sup>, figure indiscutablement au cœur de toute théorie générale des sûretés et les sépare en deux catégories antinomiques : les sûretés accessoires et les sûretés indépendantes<sup>36</sup>.

---

<sup>28</sup> J. ISSA-SAYEGH, Commentaires de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, in *Traité et Actes uniformes de l'OHADA commentés et annotés*, sous la direction de J. ISSA-SAYEGH, P.-G. POUGOUE, F. M. SAWADOGO, Juriscope, 3<sup>e</sup> éd., 2008 ; sur la situation exorbitante de protection du créancier, A. A. DE SAMBA, *OHADA. La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales*, Les éditions de la rose bleue, Lomé, 2005, p. 83 et s.

<sup>29</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 217 et 271.

<sup>30</sup> Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », *Mélanges J. GHESTIN*, « Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle », LGDJ, 2001, p. 405.

<sup>31</sup> M. STORCK, « Cautionnement et procédures collectives », *Petites affiches*, 2000, n° 188, p. 33.

<sup>32</sup> G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. TALLON, LGDJ, Bibl. droit privé, Tome 166, 1980.

<sup>33</sup> Sur l'existence exagérée du dogme de l'accessoire, D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. LEGEAIS, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001, p. 35 et s.

<sup>34</sup> Req. , 19 février 1908, S. 1911, p. 529. Pour une critique de l'assimilation du cautionnement à la règle de la solidarité : D. VEAUX et P. VEAUX-FOURNERIE, « La représentation mutuelle de coobligés », in *Mélanges A. Weill*, Dalloz/Litec, 1983, p. 547 qui estiment que ce principe de « représentation mutuelle qu'aucun texte n'affirme, fait partie du folklore juridique que les auteurs se transmettent de génération en génération, auréolé de quelques formules de mauvais latin, créant, à la longue, un réflexe si puissant que, même lorsqu'on n'y croit pas, on n'ose plus s'y attaquer (...) » ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2002, p. 251, n° 331.

<sup>35</sup> T. R. ROSSI, *La garantie bancaire à première demande*, thèse Lausanne, Méta-Editions, 1989, p. 97, n° 264 et s.

<sup>36</sup> W. WIEGAND, Akzessorietät und Spezialität. Zum Verhältnis Zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand, in *Probleme der Kreditsicherung*, Berner Tage für die juristische Praxis 1881, Berne 1982, p. 43.

16. Le cautionnement appartiendrait à la première catégorie et les autres garanties personnelles relèveraient de la seconde. On considère à cet effet que la caution est tenue à la même dette que le débiteur tant dans son étendue que dans son exigibilité, lui ouvrant la voie au bénéfice des exceptions, tandis que le garant fournit une prestation et, par voie de conséquence, est privé des exceptions du débiteur<sup>37</sup>. A la suite du droit français, la doctrine suisse s'en est fait écho : d'après M. Scyboz, « *le cautionnement ne peut être qu'accessoire, et c'en est l'élément essentiel (...)* »<sup>38</sup>. En revanche, le garant s'engage « *à fournir autre chose que l'exécution de la dette garantie, à savoir une indemnité ou un succédané spécial qui tous deux restituent au créancier son intérêt à l'exécution, le satisfont mais ne le payent pas* »<sup>39</sup>. Ainsi, dans leur structure juridique, les figures contractuelles de garantie indépendante ou du cautionnement divergent à tel point qu'on ne peut se trouver en présence que d'un contrat de garantie autonome ou d'un contrat de cautionnement, observable à partir de la règle de l'accessoire. Il est d'ailleurs soutenu que l'antinomie entre le cautionnement et la lettre de garantie « *précède la réglementation juridique* »<sup>40</sup>. Elle puiserait ses racines « *dans la logique des catégories générales de pensée et non dans les définitions du droit positif* »<sup>41</sup>. M. Kleiner a pu affirmer même que « *l'antinomie fondamentale entre la garantie et le cautionnement apparaît comme un concept juridique pré-positif. Aussi l'on peut parler avec Radbauch des concepts de droit aprioristes, car, l'indépendance de la garantie opposée aux rapports juridiques accessoires appartient aux catégories indispensables de la pensée juridique qui sont les instruments et non les résultats de la science du droit* »<sup>42</sup>.

17. Prolongeant cette culture juridique et au nom de ce principe selon lequel l'engagement de la caution doit se mesurer en fonction de celui du débiteur principal ou, encore, l'accessoire doit suivre le sort du principal, l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés dispose que la caution ne peut pas être tenue d'une façon plus onéreuse que le débiteur principal ; son engagement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal au moment des poursuites<sup>43</sup>. De plus, le créancier ne peut poursuivre la caution sans mettre préalablement en cause le débiteur

---

<sup>37</sup> M. CONTAMINE-RAYNAUD, « Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français », *Mélanges ROBLOT*, 1984, p. 421 et s. ; P. LE MAX-PLANCK, *Le cautionnement dans le droit des Etats membres des communautés européennes*, Institut für ausländisches und internationales Privatrecht de Hambourg, Bruxelles 1971, p. 56.

<sup>38</sup> G. SCYBOZ, *Traité de droit privé suisse, Tome VII, Le cautionnement Le contrat de garantie*, 1<sup>re</sup> éd. Fribourg, 1977, p. 47.

<sup>39</sup> G. SCYBOZ, *op. cit.*, p. 72: selon cet auteur, la caution ne peut renoncer au droit d'opposer au créancier toutes les exceptions appartenant au débiteur; elle s'obligera alors comme un porte-fort ou par une reprise cumulative de la dette.

<sup>40</sup> G. SCYBOZ, *op. cit.* p. 71; P. A. GILLIERON, *Les garanties personnelles en matière bancaire*, thèse Genève, 1958, p. 158.

<sup>41</sup> B. KLEINER, *Bankgarantie* (traduction), p. 19, cité par SCYBOZ, *op. cit.* p. 71 et s.

<sup>42</sup> B. KLEINER, *op. cit.*, p. 19.

<sup>43</sup> Article 7, alinéa 3 AUS.

principal<sup>44</sup>. Par ailleurs, la caution peut soulever toutes les exceptions inhérentes à la dette et qui appartiennent au débiteur principal<sup>45</sup>. Dès lors, les multiples manifestations de la règle de l'accessoire inhérente au cautionnement, telle que décrite, sont-elles respectées par le droit des procédures collectives ? Les solutions protectrices de la caution dégagées de la règle de l'accessoire de la garantie sont-elles maintenues dans le cadre des procédures collectives ? S'il ne fait aucun doute que le créancier va, dans tous les cas, souhaiter être payé, la caution peut-elle se prévaloir des remises consenties au débiteur principal dans le cadre des procédures de règlement préventif et de redressement judiciaire du débiteur défaillant ? La réponse à toutes ces questions n'est pas aisée, c'est pourquoi, en l'absence d'une disposition précise en droit français, la jurisprudence était hésitante, l'évolution des épisodes en la matière étant caractérisée tantôt par « *un big crunch jurisprudentiel* », annonçant le retour de la sévérité<sup>46</sup>, tantôt par « *une sorte de big bang* » favorable aux intérêts de la caution<sup>47</sup>, étant donné qu'« *une ligne de conduite affirmée reste impossible* »<sup>48</sup>. Or, le droit uniforme a choisi une politique rigoureusement tranchée et sévère pour la caution lorsqu'il prévoit que la caution simple ou solidaire ne peut se

---

<sup>44</sup> Article 13, alinéa 2, de l'AUS.

<sup>45</sup> Article 18 AUS.

<sup>46</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1996, *D.* 1997, 141, note T. MOUSSA: c'est la première fois que la Cour de cassation répond à la question, fort importante, de savoir si les remises consenties par le créancier au débiteur principal, dans le cadre d'un plan conventionnel de règlement ou de redressement, élaboré dans le cadre d'une procédure judiciaire, bénéficient ou non à la caution. La cour répond négativement, en affirmant que « *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 du Code civil* ». La chambre commerciale avait déjà jugé (Com., 17 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 355 ; *D.* 1993, p. 41, note D. VIDAL ; *JCP G* 1993, I, n° 3680, n° 7, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois* 1993, n° 8, p. 527, obs. SENECHAL) que, malgré leur caractère volontaire, les remises acceptées par les créanciers dans les conditions prévues aux 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas de l'art. 24 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, pour l'élaboration du plan de redressement d'une entreprise en redressement judiciaire « *ne peuvent être assimilées aux remises conventionnelles de dette prévues par l'art. 1287 c. civ.* ». Mais elle a justifié cette exclusion en retenant que les remises consenties peuvent être réduites par le tribunal, qu'elles participent de la nature judiciaire des dispositions du plan arrêté pour permettre la continuation de l'entreprise et qu'en vertu de l'art. 64, al. 2, de la loi du 25 janv. 1985, les cautions solidaires ne peuvent s'en prévaloir.

<sup>47</sup> Cass. com., 5 mai 2004, *D.* 2004, 1594, obs. A. LIENHARD. Comme a pu le souligner le commentateur, plus novateur est l'apport de cette décision quant au sort de la caution ou du garant : les remises ou délais accordés par un créancier dans le cadre d'un règlement amiable bénéficient à la caution. Jamais encore, la cour de cassation n'avait été amenée à prendre position sur ce point. La solution correspond à l'opinion doctrinale dominante de l'époque. Dans ce sens, P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz/Action, 2003/2004, n° 13. 42 ; F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2003, n° 73 ; ces auteurs la fondent généralement sur l'art. 1287 du Code civil, s'agissant des remises. En vertu de cette disposition, « *la remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions* ». Et, en ce qui concerne les délais, sur la règle de l'accessoire et l'anc. art. 2013 du Code civil, selon lequel « *le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur* ». Ce qui suppose, bien entendu, que l'intervention judiciaire dans la procédure de règlement amiable ne soit pas de nature à lui faire perdre son caractère contractuel ; et de se convaincre, à ce sujet, pour faire taire le doute suscité par la jurisprudence contraire en matière de plan conventionnel de redressement des particuliers surendettés (Civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1996, *D.* 1997, p. 141, concl. J. SAINTE-ROSE ; note T. MOUSSA et somm. p. 178, obs. D. MAZEAUD, et p. 200, obs. P.-L. CHATAIN et F. FERRIERE ; *RTD civ.* 1997, p. 190, obs. P. CROCQ) que l'analogie n'est pas due (Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2000, n° 478).

<sup>48</sup> P. CROCQ, *RTD civ.* 2003, p. 122.

prévaloir « *des remises consenties au débiteur principal dans le cadre des procédures collectives* »<sup>49</sup>, sans distinguer selon que la procédure est essentiellement préventive ou curative.

**18.** Cette solution du droit uniforme ne règle donc pas d'une façon intéressante et juste la question du sort de la caution lorsqu'une procédure de règlement préventif ou de redressement judiciaire s'ouvre contre le débiteur principal car, la question essentielle reste de savoir s'il existe, en droit OHADA, des règles selon que la sûreté de cautionnement émane d'une banque, d'un consommateur caution profane, d'un dirigeant de société caution avertie, d'une société civile ou commerciale. En effet, aucune distinction n'est faite entre la caution qu'elle soit une personne physique ou une personne morale<sup>50</sup>. Or, en droit français, la situation de la caution a considérablement évolué dans le sens de sa protection.

**19.** Si la législation de l'OHADA n'ignore pas certaines spécificités nationales, son particularisme ne doit pas être exagéré, d'autant plus qu'elle reprend pour l'essentiel les notions, principes et mécanismes du droit français et que, pour une grande part, elle ne fait que s'aligner sur l'évolution du droit français depuis les indépendances ou anticiper sur les réformes en cours en France et les propositions doctrinales<sup>51</sup>. Or, depuis la loi française de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, la caution personne physique et le garant autonome peuvent se prévaloir des mesures de prévention et de sauvegarde prévues par la loi et accordées au débiteur principal par le juge.

**20.** Dans ces circonstances, il faut comprendre que l'intérêt de l'analyse, les raisons fondamentales et concrètes des rapports conflictuels du cautionnement et des procédures collectives en droit uniforme issu du Traité de l'OHADA sont beaucoup plus profondes : pour l'essentiel, la caution dans le cadre des entreprises est très souvent le dirigeant social ou une tierce personne en relation avec le débiteur en difficulté<sup>52</sup>, ce qui pose un problème d'imbrication des intérêts à protéger et une mise en œuvre contrastée des règles du droit commun, du droit des sociétés, du droit des entreprises en difficulté et du droit du cautionnement<sup>53</sup>. En conséquence,

---

<sup>49</sup> Article 18 AUS.

<sup>50</sup> Article 18 AUS parle de « *toute caution ou certificateur de caution* ».

<sup>51</sup> P. BOUREL, « A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *D.* 2007, chron. p. 969 et s. spéc. p. 972.

<sup>52</sup> F. K. DECKON, « Le conjoint du débiteur soumis à une procédure collective en droit uniforme de l'OHADA », (première partie), *Petites affiches*, 14 janv. 2008, p. 6 et s.

<sup>53</sup> Parce que la caution est souvent le dirigeant de la société commerciale, l'interférence des diverses règles juridiques s'observe dans les procédures collectives, qui sont une discipline carrefour entre le droit des sociétés (J. PAILLUSSEAU, « L'Acte uniforme sur le droit des sociétés », *Petites affiches*, 13 oct. 2004, p. 19 et s.), le droit

cette prise de position de l'Acte uniforme, qui est une innovation en la matière, crée une rigueur inexpliquée à l'égard de la caution surtout personne physique.

**21. L'objet de l'étude.** La mise en oeuvre du droit du cautionnement lorsqu'une procédure collective s'ouvre contre le débiteur principal crée encore aujourd'hui, dans le droit africain, une situation conflictuelle très défavorable à la caution. En effet, la règle de l'accessoire inhérente à la conception classique du cautionnement et les intérêts légitimes de la caution, d'une part, et la finalité du cautionnement, d'autre part, semblent se manifester simultanément soulevant ainsi la difficulté de l'influence précise des impératifs du droit des procédures collectives sur l'équilibre des prestations contractuelles dans l'opération du cautionnement. Il est impérieux d'envisager les rapports entre le régime du cautionnement et le régime des procédures collectives en les confrontant afin de percer les mystères des insolubles conflits de frontières entre ces deux corps de règles du droit privé.

**22.** Pour déterminer quelles doivent être les conséquences de l'ouverture d'une procédure judiciaire sur le cautionnement, deux positions sont possibles. La première consiste à faire application de la règle de l'accessoire du cautionnement et, dans ce cas, la caution bénéficie de toutes les mesures de faveur consenties au débiteur garanti. Cette position est contestable en raison de la survenance dans une certaine mesure du risque pour lequel le créancier a voulu se protéger, notamment dans l'hypothèse d'une situation irrémédiablement compromise. La seconde position consiste à considérer que la règle de l'accessoire n'a pas à jouer du tout quand survient une procédure de prévention ou de traitement des difficultés contre le débiteur principal et que, dans ce cas, la caution doit être poursuivie comme un garant autonome dès la constatation du non-paiement d'une créance devenue exigible. Le droit OHADA a emprunté cette seconde voie et est regardé comme un droit partisan<sup>54</sup>. C'est un facteur d'efficacité absolue de la garantie car, la solution est très favorable au créancier qui jouit de l'indépendance du droit de poursuite contre la caution.

---

commercial général (J. LOHOUES-OBLE, « Innovation dans le droit commercial général », *Petites affiches*, 13 oct. 2004, p. 8 et s.), du droit des sûretés (M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », préc., p. 30 et s.), mais du droit privé en général.

<sup>54</sup> P. BOUREL (« A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », préc., p. 970) exprime, d'une façon exagérée, cette idée, en qualifiant le droit uniforme africain d'« un droit imposé, venu d'en haut », ou d'« un droit importé, venu d'ailleurs », ou encore, lorsqu'il souligne que l'image donnée de l'édifice du droit OHADA, pour séduisante qu'elle soit en apparence, est trompeuse, car à y regarder de près, elle laisse entrevoir des failles. Pour cet auteur averti, « A la construction, il manque des pièces maîtresses. C'est que, pour reprendre le titre du roman de Paul Morand, le législateur africain est un homme pressé. Sous la contrainte des groupes de pression, bailleurs de fonds, lobbies, hommes d'affaires internationaux, l'OHADA, véritable arsenal à fabriquer du droit, a préféré, pour ne pas freiner les travaux, contourner les obstacles au lieu de les affronter ».

23. Cependant, il faut rappeler que la procédure préventive peut être ouverte même si le débiteur est *in bonis* d'autant plus que le critère de l'ouverture de la procédure de règlement préventif n'est pas la cessation des paiements mais l'existence des difficultés économiques ou financières. Il se crée donc une conception de la défaillance du débiteur, en l'espèce, largement protectrice du débiteur principal et du créancier. Or, la caution aussi est une personne digne de protection surtout que la définition du cautionnement subordonne le recours contre la caution à la défaillance du débiteur principal, qui ne doit pas être perçue comme le simple non-paiement de la dette arrivée à l'échéance dans le cadre précis du droit des entreprises en difficulté.

24. En réalité, le droit des procédures collectives est un droit conquérant à tendance envahissante, qui pénètre le droit privé<sup>55</sup>, en général, et le droit du cautionnement, en particulier. Cette intrusion pose ainsi des problèmes de délimitation des frontières ténues entre ces corps de règles. Or, « *le législateur contemporain a la fâcheuse tendance d'énoncer des règles sans s'occuper des rapports qu'elles entretiennent avec le reste du droit* »<sup>56</sup>. C'est ainsi que le législateur OHADA s'est préoccupé d'une manière parcellaire du régime du cautionnement dans les procédures collectives, souvent envisagées comme un droit dérogatoire ou spécial, en voulant régler cette question par la distinction simpliste entre les exceptions en temps normal dont la caution pourrait se prévaloir et les exceptions consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives que la caution ne peut pas opposer au créancier. Or, dans le même temps, toutes les poursuites individuelles contre le débiteur garanti sont suspendues dans toutes les procédures. De plus, il est interdit au débiteur de désintéresser la caution qui a payé le créancier.

25. Il existe donc une inégalité sérieuse de traitement des partenaires économiques en cause<sup>57</sup> d'autant plus que la caution qui a payé le créancier ne peut pas exercer ses recours en remboursement. « Peut-on taper un enfant et lui interdire de pleurer »? Loin d'être une œuvre d'un « bon père de famille », le dispositif ainsi prévu semble être injuste pour la caution. L'étude doit donc explorer les inégalités du dispositif issu du droit uniforme et proposer des solutions

---

<sup>55</sup> E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, préface Th. BONNEAU, Defrénois, 2003, p. 1 et s. ; M.-H. MONSERIE, « Aperçu sur les apports récents de la confrontation des droits des procédures collectives et du droit des obligations », *Mélanges M. JEANTIN*, « Perspectives du droit économique », Dalloz, 1999, p. 429 ; J. F. MONTREDON, « La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », *JCP E* 1988, II, 15156.

<sup>56</sup> M. DELMAS-MARTY, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 2.

<sup>57</sup> K. ASSOGBAVI, « Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA », *Penant*, 2000, n° 832, p. 55.

visant à gouverner la rencontre conflictuelle du droit du cautionnement et du droit des procédures collectives.

26. Certes, le droit des procédures collectives soumet le cautionnement à des solutions dérogoires qui altèrent ou, mieux, dénaturent le concept même de la sûreté de cautionnement. Mais ce corps de règles du droit privé peut constituer un « banc d'essai » ou l'occasion pour explorer les potentialités méconnues du cautionnement en raison du contexte de détresse du débiteur principal et de la protection d'ordre public de la caution, pour envisager certaines conséquences sur le critère de la distinction établie entre le cautionnement et la lettre de garantie (l'opposition accessoiriété/autonomie)<sup>58</sup> ainsi que les impacts sur la prévention des difficultés des entreprises. A cet égard, le traitement des difficultés de l'entreprise confère à cette sûreté une nouvelle image car entraînant, en cas de méconnaissance de son caractère accessoire, un risque de confusion de régime, démontrant par là même son aptitude à révéler les mystères d'une garantie dont on pouvait penser que sa mise en œuvre ne poserait plus de problème<sup>59</sup>.

27. **Les axes de la recherche : les rapports d'altération et de survie.** Le droit, a pu affirmer M. Malaurie, « *n'est pas un positivisme arrogant au-dessus de la mêlée* » mais il est « *un conflit permanent de valeurs, d'intérêts et de passions, et une recherche incessante de la justice et de la paix* »<sup>60</sup>. A ce titre, les rapports entre les règles du cautionnement avec celles des procédures collectives montrent qu'il existe « un rapport de conflit » et qu'il est nécessaire de trouver un équilibre, une conciliation entre les intérêts divergents. Cette ambition n'est pas aisée, surtout

---

<sup>58</sup> La refonte du droit des sûretés a été l'occasion d'introduire sur le plan législatif, afin de l'organiser, une des garanties autonomes les plus répandues dans le monde des affaires : la garantie à première demande, que le législateur du droit uniforme a appelé « la lettre de garantie ». La réglementation, que certains qualifient de « *légère, afin de ne pas la rendre rebutante* », notamment, J. ISSA-SAYEGH (Commentaires sous la lettre de garantie, OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés, op. cit.*, p. 636), est empruntée aux règles suggérées par la Chambre de Commerce International de Paris pour la rédaction de telles garanties. Pour les règles uniformes de la CCI relatives aux garanties sur demande, CCI, 1992, M. VASSEUR, « Les nouvelles règles de la Chambre de commerce international pour les garanties sur demande », *RDAI/IBLJ*, n° 3, 1992, p. 239 et s. De plus, l'article 28, alinéa 1<sup>er</sup> AUS définit la lettre de garantie comme une convention par laquelle, à la requête ou sur instructions du donneur d'ordre, le garant s'engage à payer une somme déterminée au bénéficiaire, sur première demande de la part de ce dernier. Sur la confusion de régime du cautionnement et de la lettre de garantie : L. BERGEL, « Différence de nature (égale), différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255 et s. La confusion de régime peut conduire « à *vider le principe de son contenu* ». E. BERTRAND, « Le rôle de la dialectique en droit privé positif », *D.* 1951, chron. p. 151.

<sup>59</sup> B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS, S. THOUVENOT, *Le droit uniforme des affaires issu de l'OHADA*, préc., p. 222, n° 1045 : ces auteurs précisent utilement que le créancier qui désire prendre un cautionnement, et qui a l'habitude du droit français, doit se montrer particulièrement prudent, car si globalement la réglementation de l'Acte uniforme ressemble à celle des articles du Code civil, telle qu'elle a été précisée et complétée par la jurisprudence, sur de nombreux points, le droit OHADA contient des solutions originales, de telle sorte que la portée des différentes clauses des contrats de cautionnement sera parfois différente de celle à laquelle le juriste français peut s'attendre.

<sup>60</sup> Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Introduction à l'étude du droit*, par Ph. Malaurie, 2<sup>e</sup> éd., 1994, in Préface à l'introduction.

lorsqu'il s'agit d'un aspect de la vie qui divise toujours pour régner, plus qu'il n'unit : l'argent, ce « Mammon »<sup>61</sup>. Seulement cette étude est guidée par un intérêt économique-juridique<sup>62</sup>, un souci de cohérence et d'équité. Aucune étude n'est encore faite sur la question en droit OHADA. Deux études, à notre connaissance, avaient été menées, en droit français, sur le cautionnement dans les procédures de règlement du passif du débiteur dans le cadre de la loi du 10 juin 1994<sup>63</sup>, sans prendre en compte d'une façon extensive l'incidence des procédures collectives sur le cautionnement, envisagée depuis la phase préventive. De plus, l'évolution de la jurisprudence française et l'adoption de la loi du 26 juillet 2005 redonnent une vitalité inédite à la matière. Par ailleurs, la crise du crédit hypothécaire, venue des Etats-Unis et gagnant les établissements financiers sur le plan mondial, peut conduire à un désintérêt pour les sûretés réelles, à un durcissement de la politique bancaire du crédit et un regain d'intérêt du cautionnement. Cependant, avec la mise en place du droit uniforme africain, le cautionnement tend vers le durcissement de la situation de la caution dans les diverses dispositions à elle consacrées dans le cadre des procédures de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens, traduisant, du coup, une actualité évidente du sujet.

28. Sur un plan théorique, en effet, la valeur d'un système juridique se mesure en fonction de l'équilibre qu'il parvient à réaliser entre les institutions juridiques<sup>64</sup> : nul ne doit s'y sentir lésé, sacrifié au profit des autres. Chacun doit dès lors y trouver une limite et chacun doit accepter les sacrifices exigés par la vie des affaires et de la société<sup>65</sup>. La règle de droit ne tend-elle pas de nos jours à protéger les parties les plus faibles dans les relations contractuelles ? A ce titre, un droit digne de ce nom n'est pas partisan ; si ce seuil critique est atteint, l'outil n'est plus fiable. Il va sans dire qu'un système juridique se doit de concilier dans l'élaboration des règles les impératifs divers et les intérêts variés. Il nécessite également dans une certaine mesure pour être appliqué et avoir une audience qu'il présente une certaine sécurité juridique du point de vue de la prévisibilité contractuelle afin de ne pas surprendre d'une manière excessive les sujets de droit dans leurs engagements, pratiques, prévisions et attentes. Cette vision de la sécurité juridique est assurément nécessaire et « *représente certainement l'un des impératifs ou des intérêts légitimes*

---

<sup>61</sup> L'expression est utilisée par J. CARBONNIER, in « L'imagerie des monnaies », *Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 2004, 391.

<sup>62</sup> B. OPPETIT, « Droit et économie », *Archives de philosophie du droit*, t. 37, Sirey, Paris, 1992, 17.

<sup>63</sup> Sur une étude du cautionnement dans le surendettement et le redressement judiciaire du débiteur : E. BROCARD, *La place du cautionnement dans les procédures de règlement du passif et de redressement judiciaire du débiteur*, thèse Reims, 1996. Sur le cautionnement dans les procédures judiciaires ouvertes après la cessation des paiements : A. ARTHOZOU, *Le cautionnement (dans le cadre de la nouvelle loi) dans le redressement et la liquidation judiciaires*, thèse Toulouse 1, 2002.

<sup>64</sup> M. TRIGEAUD et R. SEVE, « Le système juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1997, n° 31.

<sup>65</sup> F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de philosophie du droit, Le droit et l'immatériel*, t. 43, 1999, 259.

que le législateur doit avoir à l'esprit, lorsqu'il élabore, modifie le droit mais qu'il met en balance avec d'autres intérêts et besoins » ou contraintes<sup>66</sup>.

29. A cet égard, le droit des procédures collectives ne doit pas totalement écarter la mise en œuvre du cautionnement, cette opération triangulaire, à telle enseigne qu'on doit le regarder encore à notre siècle comme une exception telle que l'avait envisagée Pothier en son temps<sup>67</sup>. De son côté, le droit du cautionnement ne doit pas non plus être aussi indifférent à l'ouverture d'une procédure collective, comme l'a rappelé, très récemment, le Professeur Crocq<sup>68</sup>. Ce postulat permet d'avoir une vue d'ensemble plus flexible sur les limites des intérêts à protéger, histoire de concilier les exigences propres des deux corps de règles du droit privé. Le droit des procédures collectives a pendant longtemps été un droit de paiement mais, aujourd'hui, il est devenu en partie un droit de sauvetage mettant ainsi en échec l'application des règles classiques du paiement immédiat de la dette<sup>69</sup>. La garantie peut s'en sortir affaiblie, détraquée. En Afrique, souvent, aucune des trois finalités ne se réalise : ni sauvetage de l'entreprise, ni paiement des créanciers, ni punition du débiteur ou des dirigeants fautifs.

30. L'aspect contractuel ne doit pas être méconnu du point de vue de l'opération du cautionnement et de la réciprocité dans l'exécution des devoirs légaux. Lorsque la caution limite son engagement à un montant préfixé ou à la valeur de réalisation d'un bien, contenu dans un acte écrit, il est impossible de l'engager au-delà de l'étendue de sa garantie. De plus, certains mécanismes, notamment les devoirs légaux mis à la charge du créancier, que certains appellent « *les dix commandements du créancier* »<sup>70</sup>, sont plus favorables à la caution, personne physique<sup>71</sup>. Ainsi, grâce au devoir de bonne foi dans la conclusion et l'exécution du contrat de cautionnement, les devoirs mis à la charge du créancier peuvent être maintenus dans le cadre des procédures collectives. Il en va ainsi de l'interdiction du soutien abusif au débiteur en période suspecte, du devoir d'information et de mise en garde de la caution dans l'octroi d'un crédit excédant les facultés du débiteur et du devoir de sauvegarder les intérêts de la caution par la

<sup>66</sup> F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 491.

<sup>67</sup> Ph. ROUSSEL GALLE, « OHADA et les difficultés des entreprises : Etude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif », *RJ com.*, 2001, p. 21 ; M. POCANAM, « Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo », *Penant*, n° 812, mai à septembre 1993, 189 à 230 ; Du même auteur, « Le concordat préventif, remède aux difficultés des entreprises au Togo ? », *Annales de l'université du Bénin*, Tome XII, Presses de l'UB, Lomé, 1994, p. 207 et s.

<sup>68</sup> P. CROcq, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 171 et s.; *Com.*, 5 mai 2004 *D.* 2004, 1594 et 23 nov. 2004, *D.* 2004, *AJ*, p. 3220.

<sup>69</sup> J. LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », *préc.*, p. 543 et s.

<sup>70</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Préface M. GRIMALDI, éd. Panthéon Assas, 2005, p. 150 et s.

<sup>71</sup> G. MORRIS-BECQUET, « Surendettement », *Lamy droit des sûretés*, 2002, Etude 175.

production de la créance à la procédure collective. Il en va également ainsi des diverses actions susceptibles d'être transmises à la caution par le jeu de la subrogation. En conséquence, la compatibilité du droit du cautionnement et celui des procédures collectives peut s'observer dans la liquidation des biens qui est l'expression de la défaillance définitive du débiteur et où on peut observer la reprise des poursuites individuelles contre le débiteur à la clôture de la procédure. Cette solution tranche avec le droit antérieur, ce qui démontre que la défaillance définitive du débiteur constitue plutôt la phase de paiement collectif des créanciers et l'ultime moment de conciliation entre les deux corps de règles du droit privé. A ce stade, le créancier peut agir contre le débiteur principal ou la caution. De son côté, la caution peut exercer ses recours personnels en remboursement avant ou après paiement ou, encore, son recours subrogatoire, pour éviter de contribuer de manière définitive à la dette garantie.

**31.** Sur un plan économique et pratique, le refus d'étendre les remises consenties au débiteur à la caution en droit OHADA est « une médaille à revers » susceptible de remettre en cause la sauvegarde de l'entreprise. La tentation est donc forte de plaider pour l'extension des remises consenties à la caution personne physique : c'est un *modus vivendi* pour éviter que la présence de la caution ne constitue un frein à l'ouverture de la procédure anticipée. En effet, la caution dirigeante sociale honnête mais malheureuse exclue du bénéfice des mesures consenties à son entreprise ne pourra point déclencher l'ouverture de la procédure collective<sup>72</sup>.

**32.** L'explication, même si elle reste discutable sur le plan du raisonnement juridique en fonction des discriminations opérées, du manque de principes directeurs ou de la confusion et source d'affaiblissement de la garantie, relève tout de même de la politique préventive<sup>73</sup>. Telle semble être la politique choisie par le législateur OHADA mais l'issue n'est pas heureuse parce que non conciliante et, par voie de conséquence, manquant de flexibilité<sup>74</sup>. De l'approche conflictuelle, l'analyse peut se révéler fructueuse et enrichissante et permettre de restaurer la cohérence tant attendue.

---

<sup>72</sup> Dans les affaires opposant respectivement BIA-TOGO et les cautions dirigeantes sociales des sociétés COTONFIL SARL et LOMETEX SA, rien n'est fait pour sauver les entreprises si bien que le Tribunal de première instance de Lomé, dans les décisions des 21 déc. 2001 et 20 déc. 2002 (jugement n° 1857/2001 et n° 1941/2002), n'avait d'autres choix que de prononcer la liquidation des biens.

<sup>73</sup> Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés et la publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 2004, 151.

<sup>74</sup> Pour une sociologie du droit sans rigueur, J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 2001, p. 393.

**33. Plan.** Le droit des procédures collectives se présente donc comme un « laboratoire d'expérimentation » dans lequel le droit du cautionnement subit une crise<sup>75</sup> ou une défiguration<sup>76</sup>. Il en résulte que le caractère accessoire de la garantie est écarté par les procédures de sauvetage du débiteur principal (Première partie). Cependant, le droit du cautionnement fait preuve de survie dans les procédures collectives. Certains aspects du cautionnement favorables à la caution sont maintenus dans le droit des procédures collectives (Seconde partie).

---

<sup>75</sup> D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, thèse préc., 238 et s.

<sup>76</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Rapport de synthèse », colloque sur « Sûretés et procédures collectives : morceaux choisis », préc., n° 188, 40.

## PREMIERE PARTIE

### L'ALTERATION DU CARACTERE ACCESSOIRE DU CAUTIONNEMENT PAR LES PROCEDURES DE SAUVETAGE DU DEBITEUR PRINCIPAL

**34. Difficulté de la question.** Le caractère accessoire du cautionnement est 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. Les manifestations de cette qualification du cautionnement opèrent autour de deux pôles : sa fonction normative et sa fonction de catégorisation. Devenu un guide de la pensée juridique en matière de cautionnement, une hypothèse théorique communément reçue à partir de laquelle sont échafaudées des problématiques et des solutions, le caractère accessoire rattaché au cautionnement revêt une dimension toute particulière ; car, nanti d'une portée que l'on peut qualifier de paradigmatique, permettant de justifier l'extension des mesures consenties au débiteur principal à la caution. A l'évidence, ni l'existence, ni le dynamisme du principe de l'accessoire, en droit positif, ne sauraient être contestés<sup>77</sup>. Est-ce à dire qu'il soit possible d'en donner une vision sereine dans le cadre des procédures collectives ?

**35. L'éviction de la règle de l'accessoire au profit du créancier et du sauvetage du débiteur.** La conception accessoire du cautionnement est ébranlée par les attaques que subit la théorie de l'accessoire dans sa fonction traditionnelle de norme. Envahi par un afflux de solutions dérogatoires, d'une façon impérative et légale, un tel mouvement prend toute sa consistance dans le traitement juridique des situations d'endettement, émanant de deux sphères que constituent, d'une part, la procédure de prévention des difficultés, et, d'autre part, la procédure de redressement judiciaire du débiteur principal. En effet, l'avènement irréversible de l'économie d'endettement constitue un phénomène social contemporain que ne pouvaient pas avoir à l'esprit les rédacteurs du Code civil<sup>78</sup>, lorsqu'ils imitèrent Pothier et façonnèrent le principe qui veut que l'obligation de garantie de la caution trouve constamment sa mesure dans la créance couverte. M. Oppetit soulignait, à cet effet, qu' « *une économie d'endettement provoque inéluctablement un affaiblissement des notions de force obligatoire, de terme, d'exigibilité et d'exécution des engagements, voire un travestissement de la situation*

<sup>77</sup> Sur une étude globale de la question, D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, thèse préc., n° 97 et s..

<sup>78</sup> Sur cette évolution, D. MAZEAUD, « Rapport français sur l'endettement des particuliers », in *L'endettement*, Travaux de l'association Henri Capitant, 1995, LGDJ, Tome XLVI, 1997, p. 127 et s. ; L. AYNES, « Crise économique et rapports de droit privé », in *La crise et le droit*, Journée R. Savatier, 1995, p. 57 et s. ; S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, préf. A. GHOZI, Bibl. dr. pr., Tome 316, 1999.

*d'endettement d'un débiteur* »<sup>79</sup>. Ainsi, le droit des procédures collectives n'est plus, *a priori*, un droit de recouvrement des créances. Le souci d'assurer la survie ou la rédemption économique de l'entreprise innervé l'ensemble des dispositions dans lesquelles des mesures de faveur sont accordées au débiteur principal pour sauver son activité.

**36.** *« Reste toutefois posée la question de fond : qui, en définitive, supportera la charge économique de l'obligation à défaut de celui auquel elle incombe ? C'est ici que la théorie des obligations (ou celle du caractère accessoire du cautionnement, pouvons-nous ajouter) va sans doute subir son atteinte la plus profonde : alors qu'elle reposait pour l'essentiel, selon les postulats du libéralisme, sur un principe de justice commutative, elle met désormais en œuvre bien davantage une justice distributive, à l'instar d'autres branches du droit, tel le droit fiscal ou le droit social, qui connaissent depuis longtemps ces phénomènes de translation et d'incidence débouchant, au nom de solidarités nouvelles, sur des transferts sociaux : une partie non négligeable des débiteurs est aujourd'hui en mesure de résorber sa dette par évaporation ou par substitution »*<sup>80</sup>. Dans cet ordre d'idées, par son intégration à une procédure préventive ou curative, le rapport d'obligation que garantit la caution se trouvera ainsi fortement affecté dans la mesure où les sacrifices nécessités par la survie du débiteur principal, voire, les spoliations dont les créanciers risquent de faire l'objet, les rendront logiquement enclins à reporter sur les cautions tous les espoirs d'une satisfaction intégrale. En conséquence, la vocation de principe du cautionnement à suivre le sort de la dette principale est en proie à une érosion.

**37.** Une telle modification de la portée de la conception du droit du cautionnement est observable tant au stade de la détection précoce des difficultés, autrement dit, dans la procédure de règlement préventif (Titre I), qu'au stade du traitement des difficultés, en l'occurrence, dans la procédure de redressement judiciaire (Titre II).

---

<sup>79</sup> B. OPPETIT, « L'endettement et le droit », *Mélanges BRETON-DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 310.

<sup>80</sup> B. OPPETIT, art. préc., p. 310.

## TITRE I – L'ALTERATION DU CARACTERE ACCESSOIRE DU CAUTIONNEMENT PAR LA PREVENTION DES DIFFICULTES DU DEBITEUR PRINCIPAL

### 38. La caution confrontée à l'appréciation de la défaillance du débiteur principal.

L'érosion qui frappe la théorie de l'accessoire dans son contenu normatif entretient un lien intime avec l'évolution du droit des entreprises en difficulté, d'autant plus qu'elle en traduit les incidences sur celui du droit du cautionnement. Le relâchement du lien de dépendance unilatérale soudant le contrat de base et la garantie, l'insensibilité de celle-ci aux vicissitudes de la dette couverte constituent, en effet, la réponse la plus fréquente au problème posé par la situation des cautions face aux perturbations de la notion d'obligation typiques d'une économie d'endettement<sup>81</sup>. L'Acte uniforme a ainsi pris soin de préciser, à l'article 2 AUS, que le cautionnement est un engagement par lequel la caution paie en cas de défaillance du débiteur. Cependant, cette disposition ne précise pas si la défaillance résulte d'un arrêt total de paiement du débiteur principal ou seulement des difficultés pour épargner le débiteur principal du paiement de sa dette. La réponse vient de l'ouverture de la procédure du règlement préventif offerte à l'entreprise qui connaît « *une situation économique et financière difficile mais non irrémédiablement compromise* »<sup>82</sup>. Deux conditions se dégagent de ce texte : situation économique et situation financière difficile. A ces deux conditions, on peut ajouter une troisième même si le texte ne le dit pas expressément : l'entreprise ne doit pas encore être en cessation des paiements.

39. A la différence de l'ordonnance française de 1967 qui faisait référence à des difficultés uniquement financières, le droit uniforme vise une situation économique et financière difficile. Cette formule faisant référence aux difficultés économiques est « opportune »<sup>83</sup>, si bien que le débiteur peut se prévaloir des difficultés relatives à la conjoncture et au contexte économiques<sup>84</sup> ou de difficultés financières qui ne peuvent être résolues par des moyens habituels de gestion. Tout l'esprit de l'Acte uniforme sur la procédure préventive peut être résumé par le triptyque suivant : il faut anticiper au maximum la crise avant qu'elle ne devienne irréversible, simplifier les procédures judiciaires, *stricto sensu*, lorsque cette crise irréversible est atteinte et surtout ne pas empêcher le dirigeant honnête mais malheureux de rebondir.

---

<sup>81</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 9.

<sup>82</sup> Article 2-1 al. 2 AUPC.

<sup>83</sup> Ph. ROUSSEL GALLE, art. préc., p. 14.

<sup>84</sup> Comparaison avec le règlement amiable, voir P. LE CANNU, J.-M. LUCHEUX, M. PITRON et J.-P. SENECHAL, *Entreprises en difficulté*, GLN Joly, 1994, n° 155, p. 80.

**40. La délicate articulation entre la défaillance et la notion de situation difficile.** La défaillance du débiteur se conçoit difficilement avec la notion de situation difficile. En effet, éviter ou prévenir, c'est faire en sorte que le risque ne se réalise pas<sup>85</sup>. Or, justement, lorsqu'un débiteur sollicite l'ouverture du règlement préventif, la question qui se pose est celle de savoir si l'entreprise n'éprouve pas déjà de difficulté dont le traitement doit être nécessairement curatif. Le législateur prévoit qu'il doit s'agir de « *situation difficile mais non irrémédiablement compromise* » ; mais le problème réside dans la conception même de « situation difficile », d'autant plus que la caution ne sera appelée à payer qu'en cas de défaillance du débiteur principal<sup>86</sup>. En fait, tout porte à croire que le débiteur *in bonis* n'est pas défaillant ; or, il ne doit pas attendre la réalisation des difficultés pour demander l'ouverture de la procédure du règlement préventif, autrement, il se verra en cessation de paiements. Comment reconnaître alors le débiteur en difficulté ?

**41. Les critères de reconnaissance du débiteur en difficulté.** Le rapport de Roux donne des précisions utiles issues de la pratique des tribunaux de commerce français en la matière en ces termes : « *Ainsi, le vade-mecum de la prévention judiciaire, présentée sous l'impulsion de la conférence générale des tribunaux de commerce en novembre 2002, recense au moins six clignotants internes à l'entreprise, communément utilisés par les greffes dans la démarche de détection de leurs difficultés qu'ils mettent en œuvre pour le compte du président du tribunal : inscription de nantissement et de privilèges ; la perte de plus de la moitié du capital social, qui contraint en principe les actionnaires à la recapitalisation ; les capitaux propres devenus négatifs ; l'absence de dépôt des comptes sociaux annuels ; les injonctions de payer à répétition et les assignations en redressement laissées sans suite par paiement à la barre ; enfin, les demandes de prorogation de la date de l'Assemblée Générale Ordinaire pour adopter les comptes* »<sup>87</sup>.

**42.** M. Roussel Galle affirme, pour sa part, que les difficultés ne doivent pas être minimes, mais au contraire, être sérieuses et traduire une situation telle qu'à terme la continuation de l'activité paraît impossible, si les mesures adéquates ne sont pas prises<sup>88</sup>. Il s'ensuit que la demande ne doit pas être précoce. Cependant, elle ne doit pas non plus être trop tardive, auquel cas, le

---

<sup>85</sup> Ch. LEBEL (« Etre ou ne pas être en cessation de paiement », *Petites affiches*, 08 sept. 2005, n° 251, p. 14) affirme par ailleurs que les décisions rendues sous l'empire de la loi française de 1984 sont pauvres en renseignements sur la notion de difficultés.

<sup>86</sup> L'article 3 AUS prévoit que la caution s'engage à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même.

<sup>87</sup> De ROUX, in *Rapport du Sénat*, n° 2092, Doc. AN, X., fév. 2005, p. 25.

<sup>88</sup> Ph. ROUSSEL GALLE, art. préc., p. 14.

débiteur se trouverait en cessation des paiements, situation qu'il s'agit d'éviter. La définition de la cessation des paiements ne précise pas si le passif exigible doit également avoir été exigé par les créanciers. Cette absence de précision laisse une marge d'interprétation de la date de la cessation des paiements suivant qu'est appliqué le principe *dies interpellat pro homine* (l'échéance du terme valant interpellation) ou celui de l'exigence d'une mise en demeure effective par les créanciers. L'article 11 AUPC précise expressément que l'entreprise ne doit pas se trouver en cessation des paiements. Ce texte complète donc l'article 2 du même Acte uniforme qui dispose que le règlement préventif est destiné à « *éviter la cessation des paiements* ».

**43. Une prétendue difficulté prévisible !** En fait, éviter suppose prévenir. A cet égard, suffit-il que les difficultés soient prévisibles ? Que faut-il alors entendre par difficulté prévisible ? La prévisibilité des difficultés du débiteur, dans une certaine mesure, peut ressortir d'éléments factuels que le président du tribunal compétent appréciera, au cas par cas, lors de sa décision d'ouverture ou non de la procédure de règlement préventif. Mais cette prévisibilité peut résulter aussi d'autres éléments, tels que la perte d'un client important ou des difficultés d'ordre social<sup>89</sup>. Le débiteur sollicitant l'ouverture de la procédure préventive devra prouver l'existence d'une difficulté prévisible<sup>90</sup> ; mais deux observations s'imposent sur ce point : tout d'abord, la prévisibilité, par définition, signifie que l'événement en cause n'est pas encore réalisé, or, la perte d'un gros client est une donnée réelle et non pas simplement prévisible. Dans ce cas, le risque est déjà réalisé. Ensuite, les présidents des juridictions compétentes devront être vigilants quant à la justification d'une difficulté prévisible par des comptes prévisionnels, et, notamment, quant aux conditions d'élaboration des documents afin d'éviter tout risque de détournement de la procédure au détriment des cautions.

**44.** La détermination de la notion de difficulté exigée pour bénéficier de la procédure de règlement préventif peut s'avérer délicate à cerner en raison de la diversité des modes d'analyse des défaillances, des stades de gravité de la situation, de la variété des critères permettant de les déceler et de l'hétérogénéité de leurs causes. En optant pour les difficultés économiques et financières, l'approche préventive retenue par le droit uniforme peut être opérée à travers, d'un côté, la rentabilité et l'efficacité de l'unité de production ou du débiteur, et de l'autre côté, les problèmes de trésorerie, l'importance des fonds propres et les besoins de crédits. Le sort de la caution n'est pas étranger aux diverses appréciations des situations en cause.

---

<sup>89</sup> Rapport n° 335 de J. J. HYEST au nom de la commission des lois de l'assemblée nationale française, p. 101.

<sup>90</sup> *idem*

**45. La problématique de la remise en cause du cautionnement par la prévention des difficultés du débiteur.** Envisagée comme la figure de proue de la prévention des difficultés de l'entreprise, la finalité de la procédure de prévention des difficultés est de permettre au débiteur de négocier avec ses créanciers, sous les auspices d'un expert désigné par le président de la juridiction compétente, les mesures et conditions de redressement adéquates et appropriées à la situation en cause. Dans cette perspective, les critères d'ouverture de la procédure et les conditions d'élaboration du concordat préventif aboutissent au prononcé de la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur, à la réduction de créances et à des reports d'échéance. Le contenu de la norme de l'accessoire attaché au cautionnement selon lequel l'engagement de la caution a vocation à suivre le sort de celui du débiteur principal est-il respecté ? Sur la scène des procédures collectives d'apurement du passif du débiteur principal, la règle du caractère accessoire et le souci d'optimiser la fonction de garantie du cautionnement s'affrontent dans un permanent conflit.

**46.** Il en résulte que la question de l'incidence des mesures consenties au débiteur sur l'obligation de la caution, d'une part (Chapitre I), et les garanties de leur mise en œuvre, d'autre part (Chapitre II), se pose avec acuité dans le cadre de la procédure préventive.

## CHAPITRE I- L'ALTERATION DU DROIT DU CAUTIONNEMENT PAR L'ADOPTION DES MESURES PREVENTIVES

### 47. L'adoption des mesures préventives : une procédure introductive d'instance.

L'altération du cautionnement s'observe, tout d'abord, dans l'adoption des mesures préventives de règlement des difficultés du débiteur prenant la forme d'une requête introductive d'instance. La saisine par le débiteur prend la forme d'une requête adressée au Président de la juridiction compétente. Ainsi, la juridiction compétente est le tribunal de première instance ou le tribunal de grande instance pour la plupart des Etats de l'espace OHADA. La requête indique les créances pour lesquelles le débiteur demande la suspension des poursuites individuelles, laissant supposer que le débiteur connaît l'étendue de son passif et va opérer une discrimination en fonction des caractéristiques de ses dettes : montant élevé ou faible, exigibilité immédiate ou à terme, existence ou non d'une sûreté, importance du bien servant d'assiette à la sûreté<sup>91</sup>. Parce que cette procédure autorise le débiteur *in bonis* à ne pas payer momentanément ses dettes, des risques sérieux d'abus peuvent tenter certains débiteurs à y recourir à titre purement dilatoire au détriment de la caution qui sera actionnée à ce moment et tenue, en conséquence, plus sévèrement que le débiteur principal. En effet, pour se placer sous le régime du règlement préventif, le débiteur doit, en adressant la requête au président de la juridiction compétente, préciser les créances pour lesquelles il s'engage à prendre des mesures contenues dans une offre de concordat préventif. Il est libre d'indiquer ou non les créances cautionnées pour voir poursuivre la caution étrangère à l'entreprise. Lorsqu'il s'agit du dirigeant caution, il risque de s'exposer à des menaces de poursuites des créanciers. Il en va ainsi pour le conjoint caution du débiteur en difficulté, d'un ami ou d'un parent.

48. Or, les chefs d'entreprise sont comme les autorités publiques dans la mesure où les « *intérêts publics obligent ceux qui ont la conduite des Etats à les gouverner en sorte qu'ils puissent non seulement les garantir de tout le mal qui se peut éviter mais encore de l'appréhension qu'ils en pourraient avoir* »<sup>92</sup>. A ce titre, ne devraient-ils pas alors, en dehors des garanties qu'ils apportent à l'entreprise lors des engagements, appréhender de même les difficultés auxquelles ils pourraient être confrontés pour éviter d'entrer dans « la zone d'insécurité » aux conséquences plus drastiques qu'est la phase du traitement judiciaire, grâce à l'efficacité du service préventif ? En attribuant l'exclusivité du déclenchement de la procédure préventive au seul débiteur, le

<sup>91</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 70, p. 60.

<sup>92</sup> A. DU PLESSIS, *Testament politique*, chap. 9, section 4, cité par M. LABBE, *Le règlement amiable* (Loi du 1<sup>er</sup> mars 1984), thèse, dactyl. Paris, 1987, p. 14.

législateur est dans ce sens ; car, en effet, l'article 5 AUPC prévoit que « *la juridiction compétente est saisie par requête du débiteur exposant sa situation économique et financière et présentant les perspectives de redressement et d'apurement du passif* ». Il découle de ce texte que seul le débiteur peut solliciter le jugement de règlement préventif. Il offre la chance au débiteur en difficulté de demander au président du tribunal compétent la suspension provisoire des poursuites individuelles, la nomination d'un expert<sup>93</sup>, sous les auspices duquel sera librement négocié, avec les créanciers qu'il aura désignés et dont les créances sont nées antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure, un accord sur des remises de dette ou des délais de paiement nécessaires au redressement de l'entreprise<sup>94</sup>. Cependant, la difficulté réside dans le fait que le dirigeant social peut présenter une double qualité : celle de représentant de la société et celle de caution.

**49. La problématique de l'aggravation de l'engagement de la caution.** La phase préventive des difficultés du débiteur cautionné est analysée par le législateur OHADA comme celle qui précède la cessation des paiements, autrement dit, le débiteur principal reste toujours *in bonis* mais rencontre des difficultés auxquelles des mesures idoines doivent être apportées au détriment des partenaires financières ou économiques. Il ne fait aucun doute que le principe du caractère accessoire du cautionnement est une création légale. Les mesures de prévention des difficultés consenties au débiteur préservent-elles la portée de cette règle ? Le législateur a entendu faciliter le redressement précoce du débiteur en proie à des difficultés économiques et financiers en mettant à sa disposition des mesures d'allègement du passif. Seulement, l'élaboration des diverses mesures influe sur l'engagement de la caution de manière excessive.

**50.** Il est important d'aborder l'incidence des mesures liées à la phase préventive des difficultés du débiteur sur le régime du cautionnement (Section 1) avant d'envisager le fondement de l'exclusion de la caution des mesures concordataires (Section 2).

---

<sup>93</sup> L'article 3 AUPC précise que les procédures collectives (règlement préventif, redressement judiciaire et liquidation des biens) relèvent de la juridiction compétente en matière commerciale. Elle doit également être compétente pour connaître de toutes les contestations nées de la procédure collective, de celles sur lesquelles la procédure collective exerce une influence juridique, ainsi que celles relatives à la faillite personnelle et les autres sanctions à l'exception des contestations d'ordre administratif, pénal et social relevant exclusivement de la compétence de tribunaux spécialisés.

<sup>94</sup> Aux termes de l'article 6 AUPC, la requête doit être accompagnée d'un certain nombre de documents, parmi lesquels figurent les états financiers, l'état détaillé des créances et des dettes, un état de la trésorerie, le nombre de travailleurs et le montant des salaires et des charges salariales.

## **Section 1- L'exclusion de la caution du processus d'adoption des mesures préventives**

**51. Les mesures susceptibles d'influer sur le cautionnement.** La procédure préventive apparaît comme une barrière plus ou moins précontentieuse de traitement des difficultés dont l'objet consiste à analyser les faiblesses du débiteur<sup>95</sup>. Elle incite également à élaborer par un étalement ou un rééchelonnement ou l'abandon d'une partie du passif qui affecte le sort des engagements souscrits par les tiers au profit du débiteur principal. En règle générale, divers modes de règlement volontaires ou institués par le législateur français ont influencé et continuent d'influer sur les systèmes juridiques africains dérivés du droit français. L'analyse préalable des mesures issues du droit hérité (Paragraphe 1) permettra d'éclairer l'incidence du règlement préventif issu du droit uniforme sur l'engagement de la caution (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1- La genèse de l'exclusion de la caution recherchée dans l'évolution du droit hérité**

**52. L'influence des mesures de règlement amiable des difficultés héritées du droit français.** Avant la mise en place du droit uniforme, la plupart des pays africains parties au Traité OHADA ont conservé le droit français hérité de la colonisation en ce qui concerne le règlement du sort du débiteur en difficulté. En réalité, l'idée de résoudre les difficultés des entreprises par une négociation privée avec les créanciers a longtemps été entourée d'un voile de suspicion. Cette hostilité s'explique par les atteintes portées au principe d'égalité des créanciers ainsi que le risque de fraude ou d'un engagement pris à la légère par le débiteur prêt à tout pour obtenir le réaménagement de ses dettes. Consciente des critiques et des risques de dérive traditionnellement attachés à la pratique concordataire, la loi française du 1<sup>er</sup> mars 1984 avait institué une procédure de « règlement amiable », dont la nature et le régime juridiques empruntaient à la fois aux anciens concordats préventifs et à la suspension provisoire des poursuites organisée par l'ordonnance de 1967. Le règlement préventif puise sa source dans des solutions existantes ou ayant existé ou coexiste avec elles et s'appliquant aux entreprises en difficulté mais non encore en cessation des paiements (A), ayant une incidence certaine sur l'engagement de la caution (B).

---

<sup>95</sup> J.-P. HAEL, *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, préface P. DIDIER, Librairie de la cour de cassation, 1981.

## **A- L'imprécision du sort de la caution dans le règlement amiable des difficultés du débiteur principal**

### **53. Le « péché originel » des solutions antérieures énergiques défavorables à la caution.**

L'histoire de la prévention des difficultés du débiteur et son incidence sur les codébiteurs et les cautions démontre que deux modèles de mesures légales ont été institués au fil du temps : l'un est autoritaire, la suspension des poursuites individuelles, et l'autre consensuel, le règlement amiable. Les imperfections de la première mesure instituée et le souci de sauvegarde des entreprises ont conduit à la mise en place de mesures plus souples traduisant un retour au droit commun en ce qui concerne les effets sur les partenaires que sont la caution et les créanciers.

### **54. L'abandon de la procédure de suspension des poursuites issue de l'ordonnance du 23 septembre 1967.**

La caution ayant donné sa garantie au débiteur en difficulté ne pouvait pas se prévaloir de cette mesure en raison de sa nature et de son caractère impératif. Instituée par l'ordonnance du 23 septembre 1967, d'inspiration autoritaire<sup>96</sup>, la suspension provisoire des poursuites peut être ouverte au bénéfice d'un commerçant, personne physique ou personne morale de droit privé, connaissant une situation difficile mais non irrémédiablement compromise. A cet égard, de simples difficultés passagères ne suffisent pas pour ouvrir la procédure, mais, il ne faut pas que l'entreprise soit déjà en cessation des paiements. Durant cette période, le débiteur, assisté d'un curateur ou le curateur seul, élabore un plan de redressement économique et financier de l'entreprise assorti d'un apurement du passif. Le plan peut imposer des délais de paiements aux créanciers n'excédant pas trois ans ; en revanche, il ne peut imposer des remises de dettes aux créanciers. Il en découle que le débiteur peut négocier et obtenir de ses créanciers, des mesures pour dynamiser son entreprise. Seulement, en raison du caractère autoritaire et impératif de la mesure, car décidée par le juge sur habilitation du législateur, la décision s'impose à tous les partenaires du débiteur y compris la caution. Le manque de discrétion et l'insuffisance de protection faite aux cautions et aux créanciers postérieurs dans la mise en œuvre de cette procédure ont conduit à la mise en place d'un modèle consensuel : le règlement amiable.

**55. L'adoption du règlement amiable par la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 : notion.** Procédure préventive instituée par la loi française du 1<sup>er</sup> mars 1984, modifiée par celle du 10 juin 1994, le

---

<sup>96</sup> A. M. BAUDRON, *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, thèse, Dijon, préface C. GAVALDA, LGDJ, 1979, p. 24.

règlement amiable organise la détection des difficultés probables des entreprises<sup>97</sup>. Le règlement amiable suppose donc la saisine du tribunal de commerce ou de grande instance sur requête du débiteur. La juridiction saisie va ouvrir la procédure de règlement et nommer un conciliateur amiable s'il constate que l'entreprise a des besoins de financement qui ne peuvent être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise. La procédure de règlement amiable poursuit un but dont la finalité reste la conclusion d'accords avec les créanciers sans ou avec la participation des cautions ayant garanti la dette du débiteur.

**56. La recherche d'un accord amiable.** Le rôle du conciliateur consiste à rechercher un accord entre le débiteur et ses créanciers, lesquels sont invités à consentir des délais de paiement ou des remises de dettes au débiteur en difficultés<sup>98</sup>. Il appartient au conciliateur, qui n'est « *ni un mandataire des parties ni un arbitre* » mais un « *monsieur bons offices* », de procéder à un diagnostic de la situation du débiteur pour élaborer un programme cohérent de consolidation. L'effet principal pouvant avoir des répercussions sur les cautions, en dehors des remises de dette et de report d'échéance, reste la suspension des poursuites individuelles pendant toute la durée de l'exécution du règlement amiable. Cette mesure, maintenue par la loi du 10 juin 1994 dont l'un des objectifs était d'accroître son efficacité, mesure proche du concordat amiable en ce qu'elle ne lie en aucune façon les créanciers qui n'en sont pas partie<sup>99</sup>, a largement inspiré le règlement préventif du droit uniforme africain<sup>100</sup>. L'accord recherché dans le cadre du règlement amiable présente un caractère collectif et non global, librement obtenu sur des délais et remises de dettes en contrepartie de l'engagement du débiteur d'améliorer le fonctionnement de son entreprise.

**57. Un accord collectif, libre et synallagmatique.** En réalité, la conclusion de l'accord amiable ne nécessite pas l'unanimité de tous les créanciers, étant entendu que le consentement unanime relevant de l'utopie, seul l'accord des principaux créanciers sera recherché<sup>101</sup>, autrement dit, ceux dont le concours suffira à permettre le redressement de l'entreprise. Pour obtenir le

---

<sup>97</sup> Pour une étude globale, voir « Le souci d'éviter la faillite », *RJ com.* 1985, p. 89; M. C. MARIANI-RIELA, *Le règlement amiable des entreprises*, thèse, Nice, 1991, n° 22; M. LABBE, *Le règlement amiable (Loi du 1<sup>er</sup> mars 1984)*, thèse, dactyl.; C. GAVALDA et J. MENEZ, « Le règlement amiable des difficultés de l'entreprise », *JCP G* 1985, I, 3196; Y. CHAPUT, *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, PUF, 1986, p. 139; G. ENDREO, « Concordat et règlement amiable », *J-Cl. Com.*, t. 7, fasc. 2030, n° 35; M. BAYLE, « Le règlement amiable », *RTD com.*, 1988, n° 1, p. 2; E. MEYNET, « Le règlement amiable : un nouvel outil de gestion », *JCP E* 1987, II, 14868, n° 28.

<sup>98</sup> M. MATHIEU, « La participation du banquier au règlement amiable des difficultés des entreprises », *JCP E* 1986, II, 14805, n° 3.

<sup>99</sup> G. TOUJAS, « Du concordat amiable », *JCP G* 1942, I, 255; J.-L. VALLENS, « Les aspects procéduraux de la réforme du règlement amiable », *Petites affiches* 1994, n° 110, p. 120 et s.

<sup>100</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 68, p. 58.

<sup>101</sup> Les principaux créanciers sont invités à consentir des délais de paiement et ou des remises de dettes : Cass. com. 13 oct. 1998, *D. Aff.* 1998, 1817; *RTD com.* 1999, 185, obs. F. MACORIG-VENIER.

règlement amiable, la pluralité des créanciers est une nécessité d'autant plus qu'un accord conclu avec un seul créancier ne serait pas un règlement amiable. Cependant, si le règlement amiable ne présente pas toujours un caractère global, il présente indéniablement un caractère collectif dans la mesure où il ne s'agit pas d'une simple juxtaposition d'accords individuels conclus entre le débiteur et les créanciers mais plutôt d'une véritable convention dans laquelle chaque créancier ne consent à s'engager qu'au regard de l'étendue des efforts consentis par les autres créanciers<sup>102</sup>. Seulement la nature des sacrifices n'est pas identique car le règlement amiable ne consacre pas l'égalité entre les créanciers. Au total, négocié de façon libre et séparée, l'accord conclu permet aux créanciers parties d'obtenir des conditions favorables, notamment la clause de retour à meilleure fortune mais le débiteur doit s'engager à exécuter les engagements pris. Pour faciliter la mise en œuvre des mesures obtenues, le juge rend une décision de suspension des poursuites individuelles.

**58. Un accord emportant la suspension provisoire des poursuites individuelles.** Véritable épée de Damoclès, élément judiciaire en plus de l'homologation renforçant les effets originellement contractuels du règlement amiable, la suspension des poursuites individuelles est introduite par la loi du 10 juin 1994, donnant par voie de conséquence un champ d'application nouveau à cette mesure envisagée comme un des effets essentiels de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire<sup>103</sup>. Le président du tribunal rend une ordonnance qui interdit ou suspend, pendant toute la durée de l'exécution de l'accord, toute action en justice de la part de tous les créanciers y compris les cautions dont la créance a une origine antérieure à la décision et tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Elle arrête ou interdit également toute voie d'exécution de la part des créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles<sup>104</sup>. La règle d'interdiction s'applique aux saisies conservatoires comme aux saisies d'exécution<sup>105</sup>. La décision de suspension des actions entraîne, par ailleurs, l'impossibilité de la compensation entre une créance née avant le jugement et une dette du créancier envers le débiteur née après<sup>106</sup>.

**59. Une décision à portée limitée.** La décision de suspension des actions individuelles comporte une double limite. D'abord, elle ne vaut que pour les créances qui font l'objet de l'accord. Il

---

<sup>102</sup> Y. CHAPUT, préc., n° 151.

<sup>103</sup> A. JACQUEMONT, *Droit des procédures collectives. Procédure d'alerte, règlement amiable*, 7<sup>e</sup> éd., Litec, 1997, n° 53.

<sup>104</sup> Article 36 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984.

<sup>105</sup> Paris, 10 mai 1979, *D.* 1980, IR, 60 et sur pourvoi, cass. com., 17 déc. 1980, *D.* 1980, 147, note HONORAT.

<sup>106</sup> *Comp.* Cass. com., 12 janv. 1982, *Rev. Soc.* 1982, 351, note HONORAT; *D.* 1982, 373; *RTD com.* 1982, 624, obs. SOINNE.

s'ensuit qu'un créancier, partie à l'accord, peut stipuler que certaines des créances dont il est titulaire restent en dehors de l'accord. Ensuite, la loi autorise seulement la suspension des poursuites tendant au paiement d'une somme d'argent. Il en résulte que les autres actions peuvent légitimement être poursuivies, à savoir les actions en nullité, en revendication et même les actions qui tendent à faire constater l'existence d'une créance contestée. La suspension des poursuites ajoutée aux mesures de remises de dettes et de report d'échéance a toujours eu des incidences sur l'engagement de la caution.

## **B- L'incidence du règlement amiable sur l'engagement cautionné**

**60. L'imprécision légale.** Sous le régime du règlement amiable issu de la loi de 1984, la situation des codébiteurs et cautions du débiteur principal n'étant pas réglée spécialement par la loi, si bien qu'on avait recours à l'application des principes généraux relativement au bénéfice de ces mesures à la caution. C'est ainsi qu'il avait été avancé l'idée d'une théorie d' « exception inhérente à la dette et qui appartient au débiteur » et d' « exception personnelle au débiteur ». A cet effet, l'exception tirée des mesures de remises de dettes et de délais de paiement octroyés dans le cadre du règlement amiable est regardée comme purement personnelle au débiteur et ne pouvant pas être invoquée par la caution<sup>107</sup>. En revanche, la remise conventionnelle de dettes accordée au débiteur paraît devoir libérer la caution simple ou solidaire sur le fondement de l'article 1287 du Code civil<sup>108</sup>. *A priori*, parce qu'elles sont librement consenties par le créancier, on peut mal comprendre pourquoi « les faveurs » qui sont accordées au débiteur principal seraient supportées par la caution. Nonobstant le socle contractuel du règlement amiable, une abondante et contradictoire doctrine s'est développée autour de ce sujet.

**61. La controverse doctrinale.** La doctrine était partagée relativement au sort de la caution face aux remises de dettes et de report d'échéances. Un courant doctrinal soutenait que la règle de l'accessoire attachée au cautionnement, même solidaire, implique que les mesures consenties au débiteur puissent bénéficier à la caution<sup>109</sup>. Cependant, un autre courant affirmait que seule la caution simple pourrait se prévaloir des prorogations du terme accordées par les créanciers et

---

<sup>107</sup> Cass. com., 14 nov. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, pan. 122.

<sup>108</sup> Cass. civ., 11 juill. 1984, *JCP* 1986, II, 20576, note DUMORTIER ; Paris, 18 mars 1975, *Gaz. Pal.* 1975, 2, 667, note GISCARD.

<sup>109</sup> M. C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, Vol. XXVII : *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Durand et Pédone Lauriel ; Hachette et Cie ; Cosse, marchal et Billard, 1878-1882, n° 44.

non pas les cautions solidaires<sup>110</sup>, car celles-ci ont renoncé au bénéfice de division et de discussion<sup>111</sup>. MM. Cabrillac et Mouly<sup>112</sup> estimaient, pour leur part, qu'aucune distinction ne devait être établie entre caution simple et caution solidaire et qu'il serait de la nature même du cautionnement que les délais accordés au débiteur principal ne puissent pas profiter à sa caution. Néanmoins, il faut reconnaître que le contrat cautionné a subi des modifications qui devraient, par voie de conséquence, affecter le contrat de cautionnement, alors accessoire au contrat de base. M. Grynbaum<sup>113</sup>, a reconnu dans sa thèse que le contrat principal cautionné a subi une adaptation par le juge sur habilitation du législateur. Il a exposé la controverse en la matière et soutenu que cette divergence, appuyée sur nombre de postulats comprenant des assertions telles que « on admet »<sup>114</sup> ou « les décisions sont peu nombreuses et peu claires, mais la solution est constante »<sup>115</sup>, permet de mesurer le hiatus entre un droit positif et quasi inexistant sur cette question et les solutions proposées, démontrant ainsi, le désir des auteurs d'imposer leur analyse<sup>116</sup>. Or, la jurisprudence aussi est fluctuante en la matière.

**62. Une jurisprudence instable.** Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation s'est montré très sévère à l'égard de la caution en lui interdisant de se prévaloir des remises consenties au débiteur dans le cadre du règlement amiable<sup>117</sup>. En effet, la solution était retenue dans le domaine de surendettement des particuliers, mais elle a été transposée en matière de règlement amiable des entreprises par analogie. Or, cette solution est favorable aux créanciers. Dans ces conditions, les cautions ont connu une longue période de situation incertaine et fragile, période au cours de laquelle le droit uniforme de l'OHADA est né et a été influencé par le

---

<sup>110</sup> M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1999, n° 497 ; C. GAVALDA et J. MENEZ, « Le règlement amiable des difficultés des entreprises », *JCP G* 1985, I, 3196, n° 26 ; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil-Sûretés, publicité foncière*, 6<sup>e</sup> éd., par F. CHABAS et V. RANOUIL, Montchrestien, 1988, n° 18 et 51-2 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, T. 2, 15<sup>e</sup> éd., par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ, 16 éd., 2000, n° 2843, p. 831.

<sup>111</sup> B. BOULOC, note sous Angers, 23 janv. 1991, *D.* 1992, Somm. p. 107 ; Ph. DELEBECQUE, « Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », *D.* 1990, chron. p. 255, n° 18 ; Ph. SIMLER, « Cautionnement », *J.-Cl. civ.*, art. 2021 à 2027, fasc. 10, n° 51 à 54 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, préc., n° 124.

<sup>112</sup> M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 5<sup>e</sup> éd. 1999, p. 170, n° 211.

<sup>113</sup> L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent. L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, préface M. GOBERT, LGDJ, 2004, n° 508, p. 338. Cet auteur fait observer qu'« il semblerait que le caractère accessoire soit une donnée admise par le créancier lorsqu'il s'abstient de recourir contre la caution après avoir consenti des remises ou de délais », note sous n° 507, p. 337.

<sup>114</sup> Ph. SIMLER, art. préc., n° 50.

<sup>115</sup> C. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, n° 211, faisant allusion à l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 fév. 1972, *Bull. civ.* n° 55, p. 55 ; *Gaz. Pal.* 1972, 2, 639 ; *RTD com.* 1972, p. 967, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE.

<sup>116</sup> Deux arrêts de cours d'appel paraissaient plus favorables au créancier qu'à la caution : Angers, 23 janv. 1991, *D.* 1992, somm. p. 107, obs. P.-L. CHATAIN et B. BOULOC ; Douai, 13 oct. 1994, *D.* 1996, somm. p. 77, P.-L. CHATAIN et F. FERRIERE.

<sup>117</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 novembre 1996, *D.* 1997, 141 avec les conclusions contraires de M. l'avocat général J. SAINTE-ROSE, note T. MOUSSA.

baptême de l'arrêt du 13 novembre 1996, ayant exclu les cautions du bénéfice des mesures consenties au débiteur principal<sup>118</sup>, traduisant « *une adaptation autoritaire des contrats conclus par le débiteur qui se trouve dans l'incapacité d'exécuter intégralement ses engagements* » au détriment de la caution<sup>119</sup>.

## **Paragraphe 2 - La consécration de l'exclusion de la caution par le droit uniforme**

**63. L'option pour la procédure de règlement préventif.** Le droit uniforme africain a opté, dans le cadre de la prévention des difficultés du débiteur principal, pour la procédure du règlement préventif. Procédure originale, inspirée du droit français antérieur mais plus proche du droit libanais<sup>120</sup>, le règlement préventif, aux termes de l'article 2, 1, AUPC, « *est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité d'une entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif* ». Cette procédure a des incidences sur la situation de la caution en raison des exigences relatives à son champ d'application, à la situation difficile du débiteur, ce dernier étant seul autorisé à la déclencher, mais aussi surtout à la nécessité de proposer un concordat sérieux. Cependant, parce que la caution ne peut se prévaloir des mesures concordataires, la conclusion du concordat préventif peut aggraver dans une large mesure son engagement (A). Or, la discrimination du champ d'application de la procédure préventive issue de l'Acte uniforme, quant aux personnes, est un signe traduisant la subsistance implicite des pactes amiables fondées sur le droit commun des contrats (B).

### **A - L'aggravation du sort de la caution par la conclusion du concordat préventif**

**64. La caution exclue de l'offre de concordat du débiteur soumise à l'acceptation des créanciers.** S'il ne fait aucun doute que l'Acte uniforme dispose que la caution ne peut se prévaloir des mesures consenties au débiteur principal dans le cadre des procédures collectives<sup>121</sup>, en revanche, sa position relativement au sort de l'offre de concordat n'est pas explicite. Cependant, la caution ne pouvant profiter du concordat, elle ne peut, en principe, être associée à son offre. Or, c'est l'offre de concordat préventif qui contient, en vérité, les mesures

<sup>118</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 novembre 1996, préc.

<sup>119</sup> L. GRYNBAUM, thèse préc., n° 383, p. 248.

<sup>120</sup> Le rapprochement avec le droit libanais réside essentiellement dans l'adoption du concordat préventif par le droit uniforme africain. Dans ce sens, Mc SAADE, *Le concordat préventif en droit libanais et en droit comparé*, thèse, Paris I, 1984 ; A. MARTIN-SERF, « Réflexions sur la nature contractuelle du concordat », *RJ com.* 1980, p. 293 et s. ; F. NAMMOUR, « Les procédures collectives en droit libanais », *Rev. proc. coll.*, déc. 2007, p. 183 et s. Le code de commerce libanais traite du concordat préventif (article 459) comme le droit OHADA mais ne le définit pas.

<sup>121</sup> Article 18 AUS et article 18 AUPC.

proposées par le débiteur aux créanciers<sup>122</sup>. Elle reste soumise à la théorie de l'offre et de l'acceptation dans la formation d'un contrat de droit commun. L'offre de concordat pose non seulement la question de son contenu mais aussi celle de son incidence sur la caution.

**65.** En effet, l'offre de concordat doit préciser les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise, sans prendre en compte de manière formelle, la présence de la caution. Selon M. Sawadogo, « *on aurait pu parler d'assainissement ou de renflouement, qui opère avant la cessation des paiements, afin d'éviter la confusion avec le redressement judiciaire qui s'ouvre après la cessation des paiements* »<sup>123</sup>. L'usage du terme « offre de concordat » peut ne pas correspondre aux objectifs du législateur, surtout pour justifier les diverses interdictions imposées à la caution, car cette phase serait assimilée à des modalités de réduction ou de transaction de dettes du droit commun.

**66. L'interdiction du bénéfice des remises concordataires à la caution.** Dans le cadre du règlement préventif, le débiteur va bénéficier de mesures susceptibles de redresser sa situation. C'est dans cette optique que le concordat est formé. En ce qui concerne l'incidence de la formation du concordat, alors envisagé comme une convention intervenue postérieurement à la conclusion du contrat de cautionnement entre le débiteur et les créanciers bénéficiaires, en violation du droit commun du cautionnement, Brunet relève que les droits des tiers ne peuvent être lésés par le concordat<sup>124</sup>. Il s'ensuit que l'engagement de la caution ne peut être modifié plus sévèrement, en temps et en montant, par les mesures concordataires. Or, les mesures concordataires se traduisent généralement par la prorogation du délai initialement prévu pour l'exécution de l'obligation principale ou par la remise de dettes ou toute autre mesure accordée par les créanciers au débiteur qui affectent l'obligation cautionnée. La question qui se pose est donc de savoir si la conception du cautionnement selon laquelle la caution peut se prévaloir de toutes les exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal est respectée. Les questions posées soulèvent le problème de l'exclusion de la caution des mesures concordataires et celui de la réfutation du caractère accessoire du cautionnement dans le cadre des mesures concordataires.

**67. Le point de discordance entre la mesure de l'obligation cautionnée et la garantie.**

L'obligation de la caution a souvent été regardée comme calquée sur le lien d'obligation garanti

---

<sup>122</sup> F. DERRIDA, « Concordat préventif et droit français », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL*, Dalloz, 1961, p. 489.

<sup>123</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 71, p. 62.

<sup>124</sup> E. BRUNET (avec la collaboration de A. VAN MEERBEKE et A. BERNARD), « Faillite et banqueroute, Sursis de paiement, concordat préventif de la faillite », in *Traité pratique avec formule et textes des législations belge, française et luxembourgeoise*, Bruxelles, Bruylant, 1934, p. 192, n° 1942 et s. spéc. n° 1948.

et servait de point de départ à l'explication du bénéfice des exceptions consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives. C'est ainsi qu'il était admis que la caution est tenue de la même façon que le débiteur principal et qu'elle ne peut être engagée d'une obligation plus excessive. De plus, la caution est autorisée à se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette et qui appartiennent au débiteur principal. L'article 18 AUS est une illustration de cette évidence lorsqu'il affirme que la caution peut soulever « *toutes les exceptions inhérentes à la dette et qui appartiennent au débiteur principal* ». Or, dans le cadre du concordat préventif, des mesures consenties au débiteur principal visant à différer, à réduire ou à éteindre la dette garantie affectent l'obligation de la caution : la remise de dettes et le report d'échéance, voire même des remises des intérêts légaux et conventionnels ou intérêts moratoires, si les créanciers l'acceptent<sup>125</sup>. Les délais que le créancier accorde de son plein gré au débiteur principal, en sus de ceux qui étaient prévus à l'origine, devraient normalement pouvoir être invoqués par la caution car le caractère accessoire du cautionnement et l'absence momentanée d'exigibilité de l'opération principale justifieraient l'extension des prorogations du terme suspensif. En réalité, il serait malsain d'admettre que les intérêts légaux ou conventionnels ainsi que les intérêts moratoires, seraient remis au débiteur<sup>126</sup> alors qu'ils pourront être exigés à la caution. Conformément au principe de l'accessoire, il est soutenu que la caution profite des allègements conventionnels des dettes garanties.

**68.** Cette solution s'appliquait dans le cadre du règlement amiable en l'absence de disposition particulière. Ainsi, la caution pouvait se prévaloir valablement des mesures consenties au débiteur et opposer au créancier l'extinction de la dette principale résultant de la remise. Dans cette hypothèse, le créancier ne peut réserver son action contre la caution tout en consentant des remises au débiteur principal. La réserve de droits du créancier contre la caution était réputée nulle<sup>127</sup>. Les cautions pouvaient se prévaloir des remises volontaires de dettes figurant au sein d'un concordat amiable. Il en est ainsi pour les remises consenties dans le cadre du règlement amiable prévu par la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, réformée par celle du 10 juin 1994. Les remises accordées dans le règlement amiable ont indiscutablement une nature conventionnelle même si elles sont obtenues avec l'assistance d'un conciliateur désigné par le président du tribunal.

---

<sup>125</sup> Les termes de l'article 10 AUPC autorisent à affirmer qu'à ce stade précoce des difficultés, il est possible de faire des remises d'intérêts légaux ou conventionnels, ou encore des intérêts moratoires, puisqu'il est indiqué que, « *sauf remise des créanciers* », ces intérêts continuent à courir mais ne sont pas exigibles ; autrement dit, il n'y a plus d'intérêts en cas de remise.

<sup>126</sup> Article 10 AUPC.

<sup>127</sup> M. E. ANDRE, « Le sort des cautions en cas de poursuite de la relation cautionnée », *Mélanges Ch. MOULY*, t. II, 265 et s.

**69. Une discordance facilitée par la jurisprudence.** Par l'arrêt du 13 novembre 1996<sup>128</sup>, la jurisprudence s'est écartée du principe de la libération ou du bénéfice des mesures préventives à la caution dans le cadre d'un plan conventionnel de règlement du surendettement des particuliers. La Cour de cassation française avait affirmé que, malgré leur caractère volontaire, les mesures consenties par les créanciers dans le plan conventionnel de règlement amiable ne constituent pas une remise de dette au sens de l'article 1287 du Code civil. Le fondement de cette dérogation au principe de l'accessoire tiendrait au fait que la procédure de surendettement marquerait la défaillance du débiteur à laquelle la poursuite de la caution serait précisément subordonnée. Mais il faut reconnaître que lorsque le débiteur obtient les mesures de faveur, il est toujours *in bonis*, car n'ayant pas cessé ses paiements, traduisant, par voie de conséquence, une méconnaissance de la déontologie contractuelle.

**70. Une jurisprudence combattue par une autre.** Les remises consenties par le créancier garanti par un cautionnement seront, en tout état de cause, motivées par la possibilité de se retourner contre la caution, en transférant, par conséquent, de mauvaise foi, le poids de la dette sur la caution. Cette solution a d'ailleurs été remise en cause par la chambre commerciale. Dans un arrêt du 5 mai 2004<sup>129</sup>, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a décidé que le créancier qui a consenti des remises au débiteur principal ne peut pas poursuivre la caution dès lors qu'elle a été exclue de l'élaboration du règlement amiable. Il résulte de cette solution de la chambre commerciale que, en raison de l'octroi volontaire des mesures, la règle de l'accessoire devait être respectée et par voie de conséquence la protection de la caution. Or, le droit uniforme issu de l'OHADA n'est pas dans cette logique contractuelle quant aux intérêts de la caution, même si le concordat semble ne pas échapper aux conditions de validité d'une convention de droit commun. Cette solution peut se comprendre, dans la mesure où « on ne peut pas faire d'omelette sans casser des œufs ».

**71. Une législation influencée par une évolution inachevée de la jurisprudence.** Le droit OHADA portant organisation des sûretés, intervenu entre ces deux solutions jurisprudentielles précitées, interdit à la caution, par le biais de l'article 18 AUS, *in fine*, de se prévaloir « des remises consenties au débiteur principal dans le cadre des procédures collectives ». S'agit-il d'une interdiction dans le cadre des procédures collectives, *stricto sensu*, autrement dit, les procédures ouvertes après le constat de la cessation des paiements du débiteur principal ou aussi des mesures consenties dans le cadre de la procédure de règlement préventif? En réalité, les mesures consenties au débiteur dans le cadre du règlement préventif font partie du droit des

<sup>128</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1996, *D.* 1997, 141.

<sup>129</sup> Cass. com., 5 mai 2004, *D.* 2004, 1594.

procédures collectives. Le concordat dans sa formation a réuni les créanciers, rien ne semble influencer le législateur de limiter cette interdiction aux procédures ouvertes après le constat de la cessation des paiements. De même, l'article 134, alinéa 5, de l'AUPC prévoit que « *le concordat de redressement accordé au débiteur principal ou à un coobligé ne profite pas à la caution ni aux autres coobligés* ». L'article 134 ne vise que le concordat de redressement. Faut-il étendre cette interdiction légale au concordat préventif ?

**72. L'extension légale de la règle d'interdiction.** Par la volonté du législateur, le refus du bénéfice des mesures du concordat est étendu aux mesures contenues dans le concordat préventif ; car, en réalité, le concordat ne profite qu'au seul débiteur. Il s'ensuit qu'il ne produit ses effets qu'à l'égard des parties prenantes sur le fondement des règles de droit commun sous réserve des dispositions particulières de l'Acte uniforme qui rendent le concordat opposable aux créanciers absents ou opposants. L'Acte uniforme est très explicite sur la question et l'article 18, alinéa 3, de l'AUPC, dispose que « *les cautions et les coobligés du débiteur ne peuvent se prévaloir des délais et des remises du concordat préventif* ». S'agissant de l'opposabilité des délais et des remises aux créanciers qui n'y ont pas consenti, la Cour d'appel d'Abidjan a infirmé dans un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2000<sup>130</sup>, un jugement du tribunal de première instance du 22 décembre 1999, qui avait implicitement étendu l'opposabilité du concordat préventif à un créancier qui n'avait consenti ni de délai ni de remise en réservant l'exécution de la condamnation dont il est bénéficiaire. Or, pour être opposable, le concordat ne doit pas comporter de demandes de remises mais seulement des demandes de délais n'excédant pas deux ans et la décision de règlement préventif doit avoir expressément procédé à l'extension, à la demande du débiteur. Seulement, la décision de la Cour d'appel d'Abidjan ne permet pas de savoir si ces conditions sont remplies<sup>131</sup>.

**73. La caution sacrifiée sur l'autel de la procédure.** La règle de l'interdiction du bénéfice des mesures concordataires est défavorable à la caution. Le créancier n'accordera une remise au débiteur que parce qu'il sait pouvoir obtenir un remboursement de sa créance auprès de la caution. Il va sans dire que la caution doit supporter les conséquences d'un acte à la conclusion duquel elle n'a nullement pris part. La situation financière de la caution sera d'autant plus fragilisée qu'elle subira la remise dans son recours subrogatoire contre le débiteur. Les efforts financiers auxquels la caution est obligée seront d'autant plus élevés que les actions individuelles sont suspendues et surtout la grande partie des procédures dégénère en liquidation des biens. A

<sup>130</sup> Abidjan, 1<sup>er</sup> décembre 2000, n° 1054, *ohada.com*.

<sup>131</sup> F. M. SAWADOGO, commentaires sous article 18 AUPC, *op. cit.*, p. 840 et 841.

ce titre, la caution sera tenue plus sévèrement que le débiteur principal. Cette solution peut conduire au développement des procédés amiables de prévention des difficultés en marge de la réglementation en vigueur.

## **B - La subsistance des pactes amiables de règlement des difficultés résultant du droit des contrats**

**74. Les limites du droit uniforme.** L'Acte uniforme limite le champ d'application de la procédure de règlement préventif à des personnes déterminées si bien que le sort de la caution variera en fonction de la qualité de débiteur cautionné soumis à la procédure (1), à telle enseigne que, le dispositif prévu laisse implicitement permis le recours au droit national. Les parties peuvent conclure des pactes amiables résultant du droit des contrats et pouvant entraîner des incidences sur l'engagement de la caution (2).

### **1- La caution dépendante de la qualité des personnes ou entreprises concernées**

**75. La qualité de la personne garantie.** Le sort de la caution n'est pas uniforme mais dépend des personnes concernées par le bénéfice du règlement préventif. Aux termes de l'article 2, 1, alinéa 2, de l'AUPC, « *le règlement préventif est applicable à toute personne physique ou morale commerçante et à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé (...)* ». Le règlement préventif a, dans une large mesure, le même champ d'application *in personam*, autrement dit, les mêmes justiciables que le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Il résulte de ce texte que trois catégories de personnes sont susceptibles de bénéficier du règlement préventif, en l'occurrence, les personnes physiques commerçantes (a), les personnes morales de droit privé et les entreprises publiques ayant la forme d'une personne morale de droit privé (b).

#### **a- La caution des personnes physiques commerçantes**

**76. La défaillance des personnes physiques commerçantes.** La soumission des personnes physiques commerçantes aux procédures collectives est classique<sup>132</sup>. La détermination de la qualité de commerçant s'appréciera en référence à l'article 2 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général selon lequel « *sont commerçants ceux qui accomplissent des actes de*

---

<sup>132</sup> Pour une étude complète sur le sujet, voir E. SEGONDS-DOMART, *L'application des procédures collectives aux débiteurs personnes physiques. Evolution comparée du droit français et du droit américain*, thèse, Paris I, 2004, p. 8, n° 1 et s.

commerce, et en font leur profession habituelle»<sup>133</sup>. Dans ce sens, M. Santos<sup>134</sup> précise que l'Acte uniforme n'innove pas dans la définition qu'il donne du commerçant et reprend le même concept qui était en vigueur dans les droits nationaux. Mais il faut qu'une inscription au registre de commerce et de crédit mobilier ait été préalablement effectuée<sup>135</sup>. Il n'est d'ailleurs prévu un système de communication au public des fichiers national et régional, ce qui tranche, selon M. Santos, avec les objectifs de transparence et de publicité visés par le législateur<sup>136</sup>. Cependant, le défaut d'inscription ne peut pas être invoqué par un débiteur pour échapper à ses obligations inhérentes à la qualité de commerçant. Il faut préciser que celui-ci ne peut pas bénéficier de la procédure préventive à la lumière du droit uniforme<sup>137</sup>. Cette solution semble être logique. Mais si la solution paraît logique, parce qu'habituelle, elle tend à réduire le champ d'application de cette procédure. En réalité, le moteur de l'économie dans certains pays parties au Traité de l'OHADA est aussi composé des petits commerçants relevant du secteur informel.

**77. Exclusion des agriculteurs et artisans.** A la différence du droit français, les agriculteurs et les artisans sont exclus du champ d'application des procédures collectives ; sans doute, cette exclusion, selon une doctrine autorisée<sup>138</sup>, s'explique par « *la difficulté d'organiser ces professions à l'image de celle des commerçants, notamment eu égard au registre de commerce et de crédit mobilier* » mais également par le fait que de telles procédures donnent en général naissance à un passif peu important. Ces explications, même si elles sont pertinentes, ne sont pas à l'abri de critiques. Selon M. Roussel Galle, c'est priver tout un pan de l'économie, souvent non négligeable, du bénéfice du règlement préventif<sup>139</sup>, ce d'autant que les Etats parties restent en droit de ne pas soumettre aux procédures issues du Traité, les agriculteurs, les artisans<sup>140</sup>, ou

---

<sup>133</sup> En réalité, durant les travaux préparatoires, il avait été proposé de définir le commerçant en se fondant sur la notion d'activité économique, mais, c'est plutôt la définition juridique classique de l'article 1<sup>er</sup> du code de commerce français qui a été finalement retenue.

<sup>134</sup> A. SANTOS, Commentaires sous l'art. 2 AUDCG, in OHADA, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, préc., p. 194; dans le même sens, A. FENEON et J. R. GOMEZ, OHADA, *Droit commercial général*, EDICEF, éd. FFA, 1999, p. 13. Par ailleurs, les actes de commerce sont énumérés aux articles 3 et 4 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général.

<sup>135</sup> Article 25 AUDCG.

<sup>136</sup> A. SANTOS, préc., p. 201.

<sup>137</sup> La seule issue réside dans l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens en cas de cessation des paiements puisque la personne non inscrite au RCCM ne peut se prévaloir de la qualité de commerçant.

<sup>138</sup> J. ISSA-SAYEGH, « Présentation du projet d'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif », *Penant*, n° sp. 827, OHADA, mai-août, 1998, p. 218.

<sup>139</sup> Ph. ROUSSEL GALLE, « OHADA et difficultés des entreprises. Etude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif », art. préc., p. 21.

<sup>140</sup> Sur l'extension du champ d'application du droit des procédures collectives français aux professionnelles libérales, voir J.-L. VALLENS, « Le redressement judiciaire des professions libérales », *Petites Affiches*, 22 juill. 1998, n° 87, p. 15 et s.

encore les professionnels exerçant une activité libérale à titre individuel, en faisant recours à une disposition spéciale du droit interne<sup>141</sup>.

## **b- La caution des personnes morales de droit privé et des entreprises publiques**

**78. L'exigence de la personnalité morale.** L'Acte uniforme accorde le bénéfice du règlement préventif également aux personnes morales de droit privé, commerçantes ou non, poursuivant un but lucratif ou non. L'essentiel est qu'elles soient dotées de la personnalité morale qui s'obtient, pour les personnes morales commerçantes, par l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier. L'article 98 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales dispose dans ce sens que « *toute société jouit de la personnalité juridique à compter de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, à moins que le présent Acte uniforme en dispose autrement* ». Ce principe se déduit implicitement déjà de l'article 29 du même Acte uniforme, lorsqu'il affirme que « *le point de départ de la durée de la société est la date de son immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, à moins qu'il en soit disposé autrement par le présent Acte uniforme* ». En ce qui concerne le sort des engagements pris avant l'immatriculation, M. Pougoué et autres, précisent que l'immatriculation est à la fois la date de naissance et la déclaration à l'état civil, cependant, la gestation d'une société étant relativement longue, les actes accomplis au cours des différentes étapes de la constitution de la société sont pris en compte<sup>142</sup>, y compris la cession partielle d'actif ou d'une activité comprenant des engagements de caution d'une entreprise en difficulté.

**79. Exclusion des sociétés non immatriculées.** Si donc, la personnalité juridique est une exigence légale au bénéfice du règlement préventif pour les personnes morales, il en découle que

---

<sup>141</sup> Cette option, même si elle est conforme aux textes, aboutit non seulement à l'application diversifiée du droit harmonisé mais aussi et surtout, revient à appliquer le droit français dans les pays où il n'existe pas de disposition spéciale en la matière. Dans ce cas de figure, la caution du débiteur en difficulté sera confrontée à l'incohérence et à l'imprécision du droit applicable dans la mesure où l'application du droit français emporte bénéfice des exceptions tandis que le droit uniforme interdit le bénéfice des mesures consenties au débiteur principal à la caution dans le cadre des procédures collectives. Certains, en l'occurrence, F. M. SAWADOGO, (*OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés, op. cit.* p. 867) ont suggéré de classer les actes dans la catégorie des commerçants, en prenant en compte, au besoin, un chiffre d'affaire déterminé. Cette option a été contestée par Ph. ROUSSEL GALLE (art. préc., note 24) qui estime que rien n'interdit à un Etat partie de soumettre toute personne physique à l'Acte uniforme sur les procédures collectives car une telle éventualité peut être envisagée en se fondant sur le projet de réforme camerounais qui prévoyait sa généralisation. Il existe déjà dans certains pays des corps organisés de métiers affiliés à des systèmes financiers décentralisés, leur permettant d'obtenir du crédit pour le financement de leurs activités mais subordonné à la fourniture d'un cautionnement mutuel ou solidaire. Or, justement, les structures de micro finance ne disposent pas d'un cadre juridique approprié différent des règles de droit applicable en général pour la fourniture de sûretés. Au Togo, les artisans sont regroupés en Chambre des Métiers affiliée à une structure de micro finance dénommée Coopérative d'Epargne et de Crédit aux artisans (CECA).

<sup>142</sup> P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU-TOUKAM et F. ANOUKAHA, Commentaires sous AUSCGIE, in *OHADA. Traité et Actes uniformes commentés et annotés, préc.*, p. 325 et s.

sont exclues les entreprises non immatriculées<sup>143</sup>. En effet, l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général prévoit que « *les personnes physiques et morales assujetties à l'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, qui n'ont pas requis celle-ci dans les délais prévus, ne peuvent se prévaloir, jusqu'à leur immatriculation, de la qualité de commerçant* ». L'alinéa 2 complète en ces termes : « *toutefois, elles ne peuvent invoquer leur défaut d'inscription au Registre pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes à cette qualité* ». Le défaut d'immatriculation, selon M. Santos<sup>144</sup>, emporte deux conséquences : la privation du bénéfice attaché à la qualité de commerçant et la soumission aux obligations professionnelles du commerçant.

**80.** La sanction du défaut d'immatriculation sera donc lourde pour les entreprises anciennes ou de petite taille qui auront omis de remplir cette exigence. Elles ne bénéficieront pas de la procédure préventive et ne resteront pas tout de même à l'abri de l'assignation en redressement judiciaire ou en liquidation des biens. En effet, pour les entreprises ayant omis de remplir cette obligation, mais qui auront plus tard modifié leurs statuts en conformité avec les dispositions du droit uniforme, il se posera le problème du droit applicable aux difficultés rencontrées dues aux engagements financiers souscrits avant l'entrée en vigueur du droit OHADA. La Cour de cassation française offre la solution, car la loi ne peut disposer que pour l'avenir. Dans un arrêt en date du 4 avril 2006, la Cour de cassation a pu affirmer que la caution, qui garantit le remboursement d'un prêt d'une durée supérieure à un an, est tenue à l'égard du prêteur des intérêts aux taux conventionnel au-delà du jugement d'ouverture de la procédure collective qui, en application de l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985, n'en a pas arrêté le cours<sup>145</sup>. Or, l'arrêt d'appel avait retenu que l'article 55, al. 1<sup>er</sup>, de la loi du 25 janvier 1985 modifiée par la loi du 10 juin 1994 ne s'applique pas au cautionnement en cause souscrit antérieurement, de sorte que la caution n'est pas tenue des intérêts au-delà du jugement d'ouverture de la procédure collective.

**81.** La question paraît complexe pour les cautions des sociétés légalement dispensées de l'immatriculation. En réalité, les entreprises qui, de droit, n'ont pas à souscrire à cette exigence d'immatriculation, en l'occurrence les sociétés en participation<sup>146</sup> et les sociétés créées de fait<sup>147</sup>,

---

<sup>143</sup> HALLOUIN (J. Cl.), « Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires », *JCP* 1989, 1, 3414.

<sup>144</sup> A. SANTOS, Commentaires sous l'article 39 AUDCG.

<sup>145</sup> Cass. com., 4 avril 2006, *Bull. civ.*, n° 88, p. 87.

<sup>146</sup> L'article 114 Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique précise : « (...) *les associés peuvent convenir que la société ne sera pas immatriculée. La société est dénommée alors 'société en participation'*. Elle n'a pas la personnalité juridique ».

se trouvent exclues du processus. En revanche, les groupements dotés de la personnalité morale, non tenus à l'immatriculation, notamment, les groupements à caractère associatif, ou encore des sociétés civiles ne peuvent être exclus du bénéfice de la procédure préventive<sup>148</sup>. Ceci risque d'entraîner un certain manque d'uniformité mais la solution idoine consiste à revenir au droit national et, par voie de conséquence, à l'application du droit hérité dans nombre de situations pour régler le sort de la caution s'agissant des professions exclues du bénéfice du règlement préventif. En droit togolais, pour ces sociétés, la loi du 16 juin 1986 continue à s'appliquer.

## **82. La caution des entreprises publiques ayant la forme d'une personne de droit privé.**

L'article 2 AUPC soumet les entreprises publiques ayant la forme d'une personne morale de droit privé à la procédure de règlement préventif. M. Sawadogo a jugé que cette précision est inutile d'autant plus que cette catégorie « *est forcément comprise dans les personnes morales de droit privé* »<sup>149</sup>. Même si le seuil de différenciation entre le droit public et le privé est très négligeable sur ce plan, cette précision peut être justifiée les programmes de privatisation déclenchés dans nombre de pays africains. En conséquence, désormais, ces entreprises ne peuvent plus bénéficier du principe de l'insaisissabilité de leurs biens, en s'abritant derrière leur statut public pour échapper au droit des procédures collectives. Néanmoins, c'est l'expression usitée qui n'est pas à l'abri de critiques. En réalité, le choix de la forme de la personne morale d'une entreprise publique reste à la discrétion de chaque Etat. Toutefois, l'activité économique ou, encore, une mission de service public doivent être sans incidence, et l'esprit du texte permet une application extensive du droit des procédures collectives aux entreprises de ce secteur<sup>150</sup>. Ainsi, elles bénéficieront du règlement préventif, à condition, comme tout débiteur concerné, de tomber sous le coup des dispositions prévues pour cette situation<sup>151</sup>. La survenance des

---

<sup>147</sup> Aux termes de l'article 115 AUSCGIE, « *Si, contrairement aux dispositions du présent Acte uniforme, le contrat de société ou, le cas échéant, l'acte unilatéral de volonté n'est pas établi par écrit et que, de ce fait, la société ne peut être immatriculée, la société est dénommée "société créée de fait". Elle n'a pas la personnalité juridique* ».

<sup>148</sup> Dans le sens contraire, Ph. ROUSSEL GALLE, « OHADA et difficultés des entreprises. Etude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif », (1<sup>re</sup> partie), préc., p. 13.

<sup>149</sup> F. M. SAWADOGO, Commentaires sous article 2 AUPC, in OHADA. *Traité et Actes uniformes commentés et annotés, op. cit.*, p. 891.

<sup>150</sup> Au Burkina Faso, des jugements ont ouvert des procédures collectives contre des entreprises publiques, mais, dans la plupart des cas, il s'agit de la procédure de liquidation des biens : TGI Ouagadougou, 2 juin 1999, n° 432 : Société Sovifar ; n° 894 du 6 oct. 1999 : Société de recherche et d'exploitation minières du Burkina (Soremib) ; n° 779 du 13 sept. 2000 : Société Sonapharm ; n° 423 du 25 avr. 2001 : Société Faso Fani (industrie textile) ; n° 90 bis du 30 janv. 2002 : Office national des barrages et des aménagements hydro agricoles (Onah) ; n° 710 du 10 août 2001 : Société burkinabè des ciments et matériaux (Cimat) ; n° 341 du 16 juil. 2003 : Centre national d'équipements agricoles (Cnea).

<sup>151</sup> CCJA, 8 janv. 2004, arrêt (Air Afrique) n° 4, *Juriscopes*, 2004, p. 1 et s. Cependant sont exclues des procédures collectives et des voies d'exécution, les entreprises publiques revêtant la forme d'une personne morale de droit public, comme les établissements publics à caractère industriel et commercial. Seulement un jugement rendu par le tribunal de Niamey en la matière a été regardé comme visiblement contraire aux grands principes qui régissent le droit des Etats partie au Traité de l'OHADA. Tribunal Régional de Niamey, 15 janv. 2003, jugement n° 16 ( Office des Eaux du Sous-sol), *Revue nigérienne de droit*, p. 75, note anonyme, [ohada.com/ohadata](http://ohada.com/ohadata), J-03-158.

difficultés du débiteur principal soulèvera, à coup sûr, les difficultés du droit applicable à la caution au regard du champ d'application *rationae personae*, mais aussi par rapport à l'exigence de la situation difficile en cause.

## **2- La possibilité de recours à des procédés amiables pour les entreprises exclues du règlement préventif**

**83. La liberté contractuelle dans les mesures amiables.** Les personnes exclues du bénéfice du règlement préventif seront tentées de recourir aux procédés amiables de règlement des difficultés. Or, le droit uniforme ne disposant pas encore d'un Acte uniforme relatif au droit des contrats, c'est le Code civil qui continue de régir la plupart des obligations dans nombre de pays africains ayant hérité du droit français, à l'exception de quelques rares pays, notamment, le Sénégal qui dispose d'un code des obligations civiles et commerciales. Mis à part cette précision, les mesures fondées sur le droit commun des contrats sont empruntées d'une liberté dans leur élaboration mais la diversité et les incohérences, quant à leur incidence sur l'engagement de la caution, font soulever des critiques à leur encontre mais rien n'empêche leur formation. Fondés sur l'article 1134 du Code civil, déjà utilisés en pratique avant la loi française du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, les mécanismes de règlement des dettes du débiteur cautionné, ont survécu à cette loi, en raison du domaine précis de son application et de la nécessité d'apprécier les chances de redressement de l'entreprise<sup>152</sup>. Le débiteur dispose donc d'une liberté de s'accorder avec ses créanciers sur des délais de paiement et des remises de dettes sans préalablement saisir une autorité judiciaire.

**84. La diversité des mesures.** Selon la forme ou le contenu de l'accord, ces mécanismes prennent le nom de concordat, de règlement amiable, de pacte d'atermoiement ou de moratoire général ou encore de contrat de cession volontaire de biens et reposent sur le droit commun des contrats<sup>153</sup>. A ce titre, ils ne nécessitent pas l'obtention de l'homologation, même si les tribunaux peuvent procéder à une surveillance officieuse. Leur point commun est d'éviter que l'entreprise ne soit mise sous redressement judiciaire par la conclusion de faisceaux de contrats individuels avec le débiteur. Les procédés amiables peuvent s'appliquer afin de remédier aux difficultés

---

<sup>152</sup> Ces procédés contractuels peuvent s'appliquer afin de remédier aux difficultés d'une entreprise civile individuelle ou d'un particulier non commerçant exerçant à titre individuel sa profession libérale, qui peut se voir refuser le bénéfice d'une procédure collective par le président du tribunal compétent. Ce refus peut aussi s'expliquer par le caractère trop précoce de la demande ou passager de la difficulté.

<sup>153</sup> Ch. LARROUMET, « Procédure de règlement amiable et droits communs », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, p. 103 et s., spéc. 106, où il a fait observer que les instruments dits amiables sont le fruit d'une rencontre de volontés : une offre et une acceptation ; J.-P. VIENNOIS, « L'amiable », *Revue générale des procédures*, n° 4, oct.-déc. 1999, p. 471 et s.

d'une entreprise, d'un professionnel libéral exerçant individuellement ou d'un débiteur qui se verrait refuser le bénéfice d'une procédure de règlement amiable par le président du tribunal compétent. La raison peut en être son impossibilité de redressement ou à l'inverse le caractère prématuré de la demande. L'utilisation de ces mesures n'est possible que si le débiteur principal n'a pas cessé ses paiements car, en raison du caractère impératif des dispositions de l'Acte uniforme, la cessation des paiements engendre, *ipso facto*, l'ouverture de la procédure du redressement judiciaire dont les effets sont plus drastiques pour les créanciers et les cautions.

**85. La critique des mesures.** Les mesures prises ne sont pas à l'abri des inopposabilités de la période suspecte ou des actions en responsabilité si l'entreprise cesse par la suite ses paiements. Il s'ensuit que ces mesures envisagées renferment des difficultés non négligeables. L'absence de protection des cautions, du défaut d'autorisation ou de contrôle du juge lors de leur conclusion peut susciter de nombreuses critiques, notamment, eu égard aux possibilités de fraude par la dissimulation du passif au moment de la discussion de l'accord ou alors par l'introduction de créanciers de complaisance<sup>154</sup>. La situation du débiteur peut même dépasser le cadre préventif. La présence notable de ces inconvénients et surtout le manque de dispositions spécifiques avait conduit la pratique, à l'initiative de grands tribunaux de commerce en France, à créer une institution qualifiée d'originale : le mandat ad hoc<sup>155</sup>. Le recours à un mandataire était possible dans les hypothèses évoquées lorsque la nomination d'un conciliateur est refusée à l'entreprise<sup>156</sup>. La loi française du 10 juin 1994 avait entériné l'utilisation de ces pactes de règlement amiable parallèlement au régime légal de conciliation qu'elle avait institué<sup>157</sup>.

**86.** Parce que ces procédés amiables reposent sur le droit commun des obligations, rien n'interdit en réalité leur utilisation dans le droit uniforme africain. L'ensemble de ces mesures, directement ou médiatement, peut avoir des incidences sur les engagements cautionnés dans l'hypothèse où les cautions ne sont pas associées aux accords. L'exécution des accords est toujours précaire, car, un concordat amiable ne lie que les seuls créanciers signataires et n'interdit pas aux autres créanciers du débiteur de réclamer leur dû et d'entraîner ainsi la cessation des paiements que le concordat cherchait précisément à juguler. Cette solution peut aboutir à l'obtention des délais de grâce.

<sup>154</sup> M. FERRARI, « Le pacte d'atermoiement, délit de fuite passible de banqueroute », *Gaz. Pal.*, 1969, 1, p. 169.

<sup>155</sup> J. P. MARCHI, « Une création originale du tribunal de commerce de Paris, le mandataire ad hoc », *Gaz. Pal.*, 1983, 1, p. 123 ; D. SCHMITT et F. MICHEL, « Le traitement amiable des difficultés de l'entreprise par l'administrateur judiciaire dans le cadre du mandat ad hoc », *Banque et Droit*, fév. 1993, n° 27, p. 14-15.

<sup>156</sup> Sur requête du dirigeant social, le président du tribunal de commerce peut rendre une ordonnance nommant le mandataire ad hoc ; ce dernier a pour mission d'assister, de conseiller et d'orienter les dirigeants d'entreprises qui éprouvent des difficultés sans être en cessation de paiement.

<sup>157</sup> Le mandataire ad hoc a vocation à établir des solutions amiables qui permettent la continuité de l'entreprise.

**87. La solution de délais de grâce.** Le concordat amiable, à l'image d'un contrat de droit commun, peut conduire au délai de grâce. La technique des délais de grâce n'est pas pleinement satisfaisante. D'abord, l'arme qu'elle constitue est concentrée dans les seules mains du débiteur. En droit français, la solution est issue de l'article L. 611-11, al. 7, du code de commerce où il est prévu une procédure de conciliation. Elle se contente d'énoncer simplement que le juge ne peut prendre sa décision qu'après avoir été éclairé par le conciliateur. Pour autant, rien ne semble interdire au débiteur de saisir le juge aux fins d'obtenir des délais de grâce. Ensuite, la durée des délais de grâce accordés peut poser un autre problème. Doit-elle correspondre à la durée de la mission du conciliateur afin de préserver toutes les chances de conclusion d'un accord ou peut-elle être plus longue afin de permettre l'exécution en toute quiétude de l'accord susceptible d'être conclu ? La nouvelle loi française ne donne aucune piste de solution. Pour répondre, en reprenant l'article 1244-1 du Code civil, le juge peut reporter ou échelonner le paiement des sommes dans la limite de deux ans ; mais, rien ne s'oppose à ce que les délais imposés au créancier soient de cette durée maximale.

**88. Conclusion de la section 1.** Les mesures susceptibles d'influer sur le sort de la caution lorsque le débiteur rencontre des difficultés sont d'ordre divers. En dehors de mesures obtenues dans le cadre du règlement préventif prévu par le droit uniforme, les mesures amiables de règlement des difficultés demeurent applicables dans la plupart des pays africains ayant conservé le droit commun hérité de la colonisation, si bien que les débiteurs non mentionnés ou exclus du champ d'application du droit uniforme retourneront vers la solution du droit antérieur. Or, la CCJA n'a pas compétence pour trancher les litiges ne relevant pas des Actes uniformes. De tels litiges releveront de la compétence des juridictions nationales. Aussi des entreprises de petites et moyennes tailles risquent-elles d'opter pour des solutions informelles qui se développeront en marge du régime légal. Toutes ces situations créent d'une manière ou d'une autre des incidences regrettables sur le sort de l'engagement souscrit par la caution en fonction de la qualité du débiteur principal.

## **Section 2- La recherche du fondement de l'exclusion de la caution du bénéficiaire des remises concordataires**

**89. La nature juridique du concordat préventif en question.** Les mesures concordataires susceptibles d'influer sur le cautionnement concernent les remises de dettes et les reports d'échéance. Au moment où on ne connaissait que la faillite, sans souci de redressement du

débiteur, il a été soutenu que la remise concordataire ainsi que la remise consentie à une entreprise en état de suspension provisoire des poursuites revêtaient une nature particulière, en raison de leur contexte et des conditions de leur octroi. Cependant, l'intention qui anime les créanciers n'est pas libérale mais spéculative : « *les créanciers cherchent à faire la part du feu* »<sup>158</sup>. Ce raisonnement s'articule mal avec l'aspect préventif des difficultés du débiteur au point où POCANAM avait posé la question de savoir si le concordat préventif était un remède aux difficultés des entreprises au Togo<sup>159</sup>.

**90.** La situation de la caution inhérente à la nature juridique du concordat préventif, recommande d'écarter, pour mieux comprendre les raisons de son exclusion du bénéfice des mesures concordataires, le caractère judiciaire des mesures consenties (Paragraphe 1), en y trouvant une réfutation implicite du statut dérogatoire de la norme de l'accessoire à l'effet relatif du concordat préventif (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1- L'insuffisance du cadre judiciaire à expliquer la remise en cause du caractère accessoire du cautionnement**

**91. Le rejet du cadre judiciaire à justifier l'éviction du caractère accessoire du cautionnement.** La nature contractuelle des mesures consenties au débiteur ne fait aucun doute lorsqu'elles interviennent par l'offre du débiteur et l'acceptation des créanciers, en dehors de toute procédure spécifique, notamment, dans les pactes amiables ou les mesures consensuelles préexistantes au droit uniforme. Le droit commun des obligations connaît des règlements amiables des difficultés ainsi que des concordats amiables dont la nature juridique ne fait aucun doute et qui permettaient d'associer le garant à la conclusion des accords amiables. De plus, selon M. Soinne, « *la judiciarisation du règlement amiable n'affecte pas sa nature* »<sup>160</sup>. Or, pour sa part, le législateur OHADA a opté pour le règlement préventif, comprenant le concordat préventif comme une mesure préventive des difficultés du débiteur. Mais la question qui se pose est celle de savoir si le concordat préventif est un acte judiciairement imposé aux créanciers et au débiteur et dont le bénéfice doit être interdit à la caution ou, encore, si le seul fait de l'ouverture de la procédure de règlement préventif peut modifier sa nature contractuelle de droit commun.

---

<sup>158</sup> Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Préface M. CABRILLAC, Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1979, n° 137, p. 153 ; G. LAMBERT, *Cours de droit civil, Droit du patrimoine*, Sainte Ruffine, éd. Maisonneuve, 1971, p. 394.

<sup>159</sup> M. POCANAM, art. préc., p. 207 et s.

<sup>160</sup> B. SOINNE, *Rev. proc. coll.* 1996, 313 et s., spéc. 315.

92. En effet, l'Acte uniforme prévoit la nomination d'un expert pour assister le débiteur pour la conclusion des accords et l'homologation du concordat par le juge, laissant supposer, *a priori*, des incidences sur le caractère conventionnel des mesures obtenues. Cependant, l'intervention des autorités administrative et judiciaire n'a pas d'influence majeure sur les éléments de l'offre de concordat (A) et le juge de l'homologation n'a aucun pouvoir de modification sur le contenu d'un concordat sérieux, qui reste le fruit d'un accord entre le débiteur en difficulté et ses créanciers (B).

#### **A- La non habilitation des autorités judiciaires à modifier les éléments du concordat**

93. **L'expert : « un monsieur bons offices ».** L'expert est, sans nul doute, un auxiliaire de justice. A ce titre, l'article 8, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'AUPC prévoit que la juridiction compétente qui prononce la suspension des poursuites individuelles désigne un expert pour lui faire un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de redressement compte tenu des délais et des remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif. L'expert est soumis aux dispositions relatives à la nomination et la convocation du syndic<sup>161</sup>. La mission de l'expert est de faciliter la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers sur les modalités de redressement de l'entreprise et de l'apurement de son passif. A ce titre, il entend le débiteur et les créanciers et leur prête ses bons offices. Une autre mission consiste à signaler les manquements aux interdictions faites au débiteur contenues dans l'article 11 AUPC. En effet, aux termes de l'article 11 AUPC, la décision du règlement préventif interdit au débiteur, sous peine d'inopposabilité de droit, entre autres, de payer les cautions qui ont acquitté des créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles.

94. **Une mission peu juridique.** L'Acte uniforme n'est pas explicite sur les contours de la mission confiée à l'expert mais cette mission n'est pas très juridique et ne peut avoir d'influence sur l'accord de volonté des parties. Même si l'Acte uniforme n'est pas explicite sur les contours de la mission de l'expert, il est évident qu'elle porte sur les éléments de l'offre de concordat préventif. Cette mission peut être rapprochée du rôle du conciliateur dans la loi française du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative au règlement amiable et de la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde

---

<sup>161</sup> Articles 41 et 42 de l'AUPC sur le rôle du syndic ; mais nombre de dispositions concernant le syndic peuvent être transposées à l'expert en ce sens qu'il n'est pas prévu de pluralité d'experts et surtout il qu'il n'y a pas à ce stade de juge-commissaire.

des entreprises. La conclusion de l'accord amiable, grâce aux bons offices du conciliateur, ne change pas la nature contractuelle de l'accord. La mission du conciliateur se limite à favoriser l'échange des consentements entre le débiteur et les créanciers en apportant ses compétences et sa connaissance de l'entreprise pour éclairer la négociation au moyen des informations communiquées par le président de la juridiction compétente. Il n'a pas de pouvoir de coercition sur le débiteur, ni sur les créanciers. Il ne peut imposer de mesures de redressement. Il n'est en aucune façon partie à la formation du concordat. Parce que l'expert n'a pas un rôle actif dans la conclusion du concordat, il en découle que sa présence est indifférente à la qualification juridique de cet acte. Mais c'est surtout l'intervention du juge de l'homologation qui reste discutable.

**95. L'intervention du juge : la position du problème de l'homologation.** La position du problème de l'intervention du juge de l'homologation légalement exigée dans la formation des mesures concordataires permet d'apprécier la polémique éventuelle sur la qualification pouvant aboutir à l'exclusion de la caution. Pour interdire à la caution le bénéfice du plan de continuation, la Cour de cassation française, faisant application littérale de l'article 64, al. 2, de la loi du 25 janvier 1985, avait décidé, dans son arrêt du 17 novembre 1992, que « *les réductions de créances participent de la nature judiciaire des dispositions du plan de redressement arrêté pour permettre la continuation de l'entreprise* » et qu'« *elles ne peuvent être assimilées aux remises conventionnelles* »<sup>162</sup>. L'esprit du législateur OHADA est dans le sens de cette décision du juge français. La reprise de cette solution jurisprudentielle par l'article 18, alinéa 3, de l'AUPC semble remettre en cause la nature conventionnelle du concordat qui reste, comme le plan de continuation, l'œuvre de la juridiction compétente ayant ouvert la procédure collective.

**96.** La question épineuse à trancher est celle de savoir si l'homologation du concordat ne contrarie pas sa nature conventionnelle, et, par voie de conséquence, la qualité de tiers de la caution dans la formation de l'acte en cause. Faut-il déduire de l'acte collectif un contrat d'adhésion ou s'en remettre à un acte judiciairement imposé aux parties ? L'émergence d'un nouveau type de contrat, que Saleilles avait baptisé le « contrat d'adhésion »<sup>163</sup>, avait fourni à la doctrine l'occasion de s'interroger sur la notion de contrat et de rechercher son critère de qualification. L'accord de volonté avait été désigné comme le critère du contrat. M. Rouhette a

---

<sup>162</sup> Cass. com., 17 nov. 1992, préc.

<sup>163</sup> R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901, p. 229, n° 89 où l'auteur parle de « prétendu contrat » et à sa suite, M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1<sup>re</sup> éd., Sirey, 1910, p. 206 et note sous S. 1908, 3, p. 17 ; G. DEREUX, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD civ.* 1910, p. 503.

recensé à loisir, dans sa thèse, des expressions révélatrices à cet égard<sup>164</sup>. L'accord de volontés se trouve désigné comme l'élément moteur, le centre de gravité, la trame ou le substratum<sup>165</sup>, le nœud ou le noyau<sup>166</sup>, le fondement, la moelle, l'essence<sup>167</sup> ou l'âme du contrat. En raison du fait que la formation du concordat s'est effectuée avec la rencontre de volontés entre le débiteur par l'offre et l'acceptation de chaque créancier, il est loisible d'écarter la théorie d'un acte imposé.

97. Cependant, l'hypothèse en cause, consiste à s'interroger sur l'admission du juge à élaborer le concordat qui s'imposera aux créanciers et à la caution. En présence d'un délai imposé par le juge, résultat du refus des créanciers à accepter l'offre du débiteur, il est évident qu'il faut admettre la conception de l'acte judiciaire qui modifie les engagements antérieurs des parties. C'est d'ailleurs un jugement constitutif, car ne se contentant pas de reconnaître des droits préexistants mais créant des situations juridiques nouvelles, soit un report d'échéance ne pouvant excéder deux ans. Mais la solution devra être différente lorsque les mesures concordataires ont été discutées et consenties par les créanciers et soumises au juge pour « bénédiction » par le truchement de l'homologation.

98. **Une intervention du juge *a posteriori*.** A la différence de l'autorisation judiciaire devant intervenir avant la conclusion du contrat<sup>168</sup>, l'homologation, est une intervention du juge *a posteriori*<sup>169</sup>, après l'adoption du concordat, se traduisant pour le juge seulement l'exercice d'un contrôle sur la façon dont le débiteur et les créanciers font usage de leur liberté contractuelle. Pour M. Balensi, « *d'un point de vue téléologique, l'intervention du juge de l'homologation est le moyen d'assurer le contrôle d'actes que le législateur, en raison de leur importance aussi bien sociale qu'individuelle, n'a pas voulu laisser à l'entière liberté des parties. C'est donc à cette technique qu'a recouru le législateur moderne pour mettre sous tutelle du juge les intérêts privés qu'il n'entendait pas laisser à la libre disposition des justiciables* »<sup>170</sup>. Au regard de ce qui

<sup>164</sup> G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, n° 92, p. 349.

<sup>165</sup> L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1933, spéc., n° 41, p. 25.

<sup>166</sup> R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1952, n° 20, p. 23, n° 68, p. 59, n° 78, p. 68.

<sup>167</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 1906, vol. 1, n° 27-1, p. 34 et 35 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1952, vol. II, n° 115, p. 46 ; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, II, p. 106 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, Sirey, 1962, n° 92, p. 74 et n° 105, p. 89.

<sup>168</sup> Le caractère permissif et non coercitif de l'autorisation délivrée laisse les parties libres de ne pas conclure le contrat autorisé par le juge. Dans ce sens, voir B. THUILLIER, *L'autorisation (Etude de droit privé)*, LGDJ, 1996, spéc. n° 55, p. 45 et n° 70, p. 57.

<sup>169</sup> Pour une étude complète sur l'homologation, voir G.-V. APOSTOLEANU, *Théorie de l'homologation en droit privé français*, thèse Paris, Jouve et Cie Editeurs, 1924 ; I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 24 et s. ; L. AMIEL-COSME, « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices, Revue générale de droit processuel*, janv.-mars 1997, p. 135.

<sup>170</sup> I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », art. préc., p. 42 et 233.

précède, l'intervention de l'expert ou du juge ne peut être avancée comme un argument pour exclure la caution du bénéficiaire des mesures consenties par les créanciers au débiteur, d'autant plus que le juge de l'homologation n'a pas de pouvoir d'appréciation du contenu du concordat régulièrement conclu. Un arrêt de la cour d'appel d'Abidjan du 8 novembre 2002 avait clairement décidé que le concordat préventif a une nature contractuelle qu'il conserve même après son homologation par le tribunal<sup>171</sup>. Cette solution confirme l'idée selon laquelle le juge de l'homologation n'a pas de pouvoir réel sur le contenu de l'accord conclu entre le débiteur et ses créanciers.

## **B- L'absence du pouvoir de modification du juge sur le contenu du concordat**

**99. L'homologation : un acte du juge sur habilitation de la loi.** La formation du concordat est une prévision légale ; cependant le concordat conserve dans sa formation sa nature contractuelle<sup>172</sup>. En effet, dans les huit jours du dépôt du rapport de l'expert, le président saisit la juridiction compétente et convoque le débiteur à comparaître devant cette juridiction en audience non publique. Si la situation du débiteur se justifie, la juridiction compétente rend une décision de règlement préventif et homologue le concordat préventif en constatant les délais et les remises consenties par les créanciers et en donnant acte au débiteur des mesures proposées pour le redressement de l'entreprise.

**100.** Les délais et remises consentis par les créanciers sont différents en fonction des intérêts de chaque créancier ayant pris part au concordat préventif. Prévue par l'article 127 AUPC, l'homologation n'est accordée que si certaines conditions de validité du contrat sont réunies. Il s'agit des conditions de fond et de forme de formation des contrats de l'article 1108 du Code civil<sup>173</sup>, en plus de celles prévues par l'Acte uniforme et sous réserve des exigences de l'article 6 du Code civil<sup>174</sup>. S'il ne fait aucun doute que l'homologation est une exigence légale lorsque les créanciers et le débiteur se sont mis d'accord sur les mesures consenties, le rôle du juge peut s'avérer résiduel, mieux, inexistant. La formule utilisée par l'ancien art. L. 661-4 du code de commerce, selon laquelle « *lorsqu'un accord est conclu avec tous les créanciers, il est homologué par le président du tribunal (...)* », peut être édifiante et conduire à affirmer que

<sup>171</sup> Abidjan, 8 nov. 2002, Aff. Jean MAZUET c/ GOMP-CI, arrêt n° 1129, cité par F. M. SAWADOGO, sous art. 18 AUPC, in *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p. 909.

<sup>172</sup> A. MARTIN-SERF, « Réflexions sur la nature contractuelle du concordat », *RJ com.* 1980, p. 293 et s.

<sup>173</sup> D'après l'article 1108 du Code civil, quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation.

<sup>174</sup> Aux termes de l'article 6 du Code civil, on ne peut déroger, par des conventions, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

l'homologation n'accorde pas au juge un pouvoir d'appréciation<sup>175</sup>. D'ailleurs, l'Acte uniforme précise que le juge homologue ou rejette le concordat. Il s'ensuit qu'il n'apprécie pas le contenu des mesures concordataires.

**101. Un acte de « donné acte ».** Il semble que le terme « homologation » soit utilisé de manière impropre, en droit français, dans le cadre des procédures collectives, dans la mesure où le rôle du juge consiste seulement à constater l'accord des parties au concordat. Mme Saint-Alary-Houin exprime clairement cette idée par l'usage des verbes « consacrer » et « constater »<sup>176</sup>. Mais c'est M. Soinne qui soulève de façon directe la question en ces termes : « *S'agit-il d'un acte de donné acte ou d'une véritable homologation ?* »<sup>177</sup>. A sa suite, M. Kerckhove s'interroge : « *Si précisément l'homologation est le fait du juge, c'est qu'elle est autre chose qu'un acte purement réceptif. Le juge de l'homologation doit confronter la prétention des requérants aux exigences légales et ne peut homologuer que si les conditions prévues par la loi sont réunies. Or c'est là que le bât blesse : ni l'article 36 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, ni l'article 38 du décret du 1<sup>er</sup> mars 1985 ne procède à l'énumération de ces conditions. Faut-il alors considérer que derrière l'appellation il faut voir plutôt une décision de donné acte ?* »<sup>178</sup>. Rejetant cette position, il se tourne vers l'article 72 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

**102.** Ce texte prévoit l'homologation par le tribunal de commerce du concordat voté par les créanciers mais « *celui-ci ne l'accorde que si (...)* » certaines conditions sont remplies. Dans ce sens, l'article 127 AUPC prévoit, pour sa part, les conditions de validité du concordat. Il importe de faire une distinction entre les conditions de formation des mesures, alors contenu du concordat préventif et le concordat lui-même, contenant les remises. Ni le droit uniforme, ni le droit français ne se prononce sur le mode de formation du contenu des mesures concordataires, qui restent alors soumises aux conditions de fond et de forme de validité du contrat. Au total, le rôle résiduel du juge fait préférer l'analyse du donné acte. Le juge se charge d'authentifier

---

<sup>175</sup> Cette disposition a été introduite par la loi du 10 juin 1994. Jusqu'à cette loi, l'article 37 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises affirmait que l'accord est conclu en présence du conciliateur ; il est simplement communiqué au juge.

<sup>176</sup> Cette idée a été développée par C. SAINT-ALARY HOUIN (*Droit des entreprises en difficulté*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1999, sp., note 61 sous n° 286, p. 157) qui affirme que « *l'homologation consacre l'accord de sorte qu'il offrirait plus de sécurité aux parties et donnerait une plus grande force au règlement amiable qui est constaté dans un titre* » ; de même, selon SOINNE (*Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 113, p. 103), l'homologation doit être délivrée « *même dans le cas où le président de la juridiction estimerait que pour des raisons d'ordre public, tenant à la moralité des affaires par exemple, l'accord ne méritait pas d'être homologué* ».

<sup>177</sup> B. SOINNE, op. cit., n° 103.

<sup>178</sup> E. KERCKHOVE, « Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises », *Rev. proc. coll.* 1994, p. 441 et s. spéc. 451.

l'accord conclu, sa décision constituant un titre auquel est attachée une force exécutoire<sup>179</sup>, donnant une efficacité accrue au concordat<sup>180</sup>.

**103. L'hybridisme juridique en question.** En droit belge, Emile Brunet avait défini le concordat comme un contrat, *sui generis*, qui est conclu par la masse créancière et le failli sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Il poursuit en disant qu'en droit strict, le concordat ne devait être obligatoire que pour les créanciers qui l'ont consenti<sup>181</sup>. C'est ainsi qu'il a été jugé par la Cour de cassation belge, déjà, le 5 février 1903, que « *le concordat après la faillite, quoique subordonné à des conditions particulières, est un contrat* »<sup>182</sup>. Or, selon M. Monserié, l'intervention judiciaire remet en cause la nature contractuelle d'un acte passé entre les parties, lorsqu'elle affirme : « *il apparaît de l'essence même du mécanisme contractuel que les parties sont entièrement libres de se lier par contrat, à condition que celui-ci ne porte pas atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Seule cette liberté, sans qu'aucune restriction y soit apportée, permet de reconnaître la qualification de purement contractuel à un acte juridique. (...)* ». Lorsqu'il y a intervention du juge, du reste dans l'hypothèse de l'autorisation judiciaire, « *les conventions perdent leur caractère purement contractuel pour acquérir une nature hybride, relevant conjointement de la volonté des cocontractants et du pouvoir judiciaire* »<sup>183</sup>. Mais dans l'hypothèse de l'homologation, elle constituerait une étape entre « *le dirigisme (...) et la déréglementation* »<sup>184</sup>, « *une voie moyenne entre l'ordre public et la liberté* »<sup>185</sup>.

**104. Une nature conventionnelle inhérente à l'accord des parties.** En raison de l'existence préalable d'un accord entre le débiteur et les créanciers, l'homologation a été regardée comme la juxtaposition de deux éléments : un acte de volonté privé, soit l'élément contractuel auquel s'adjoint une intervention du juge, soit l'élément judiciaire<sup>186</sup>. Cependant, cette analyse ne peut satisfaire, car, le juge ne dispose pas d'un pouvoir de substitution à la volonté des parties, même si la menace d'un refus d'homologation ne manque pas d'influencer les parties dans le contenu

<sup>179</sup> Y. CHAPUT, *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, PUF, 1996, n° 183, p. 151.

<sup>180</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les intentions de réforme des lois du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985 », in *Le droit des entreprises en difficulté à l'aube de l'an 2000*, Colloque du Centre de droit des affaires de l'Université de Toulouse du 8 octobre 1999, *Petites affiches*, 6 septembre 2000, n° 178, p. 64-67, spéc. n° 14.

<sup>181</sup> E. BRUNET (avec la collaboration de A. VAN MEERBEKE et A. BERNARD), *Faillite et banqueroute, Sursis de paiement, concordat préventif de la faillite*, in *Traité pratique avec formule et textes des législations belge, française et luxembourgeoise*, préc., n° 1942.

<sup>182</sup> Cass., 5 février 1903, *Pas.*, I, 102 ; *Bull. des juges*, 545.

<sup>183</sup> M.-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Litec, 1994, sp. n° 641 et s., p. 595.

<sup>184</sup> J. HAUSER, « Le juge homologateur en droit de la famille », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, p. 123.

<sup>185</sup> J. HAUSER, art. préc., p. 120.

<sup>186</sup> L. AMIEL-COSME, « La fonction d'homologation judiciaire », art. préc., p. 135.

qu'elles donnent aux mesures concordataires. Même si les règles de la procédure civile ne sauraient empêcher un magistrat statuant en matière gracieuse d'ériger en acte juridictionnel un *instrumentum* contractuel dont il n'aurait pas pu apprécier le *negotium*<sup>187</sup>, il faut admettre que les parties ne se sont liées que parce qu'elles l'ont voulu ; tout au plus auront-elles façonné les mesures concordataires de manière à favoriser l'obtention de l'homologation<sup>188</sup>. Dans un jugement du 22 août 2003, le tribunal de grande instance de Banfora, au Burkina Faso, précise les conditions de l'homologation et, en l'espèce, « *homologue le concordat conclu entre la Société les Grands Moulins du Burkina et ses créanciers, en vue d'être exécuté en sa teneur ; donne acte des délais et remises à elle accordés par les créanciers (...)* »<sup>189</sup>. L'usage par le juge burkinabè de l'expression « *donne acte des délais et remises à elle accordés par les créanciers* » exprime, à suffisance, l'absence de tout pouvoir du juge sur la volonté des parties au concordat<sup>190</sup>. Somme toute, la conclusion des mesures concordataires produit des effets sur l'engagement accessoire de la caution, même dans l'hypothèse où la caution n'est pas partie au concordat, et les créanciers comptent sûrement se retourner contre elle en acceptant de consentir des délais de paiement et des remises de dettes au débiteur principal en difficulté.

## **Paragraphe 2- La réfutation du statut dérogatoire du cautionnement à la théorie de l'inopposabilité des exceptions**

### **105. Incompatibilité entre l'effet relatif du concordat préventif et la règle de l'accessoire.**

Pour justifier le rejet du bénéfice des mesures concordataires à la caution, certains auteurs ont pu affirmer que le concordat n'est accordé que sous la pression des nécessités économiques et la crainte d'un plus grand mal<sup>191</sup>. Il apparaît que la réglementation applicable à la remise de dette,

<sup>187</sup> J.-E. KUNTZ, commentaires sous l'art. L. 611-7 c. com., in F.-X. LUCAS et H. LECUYER (Sous la direction de), *La réforme des procédures collectives. La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ, 2006, p. 35.

<sup>188</sup> A. ENGEL-CREACH, *Les contrats judiciairement formés*, préface A. BENABENT, Economica, 2002, n° 89, p.57.

<sup>189</sup> TGI Banfora (Burkina-Faso), 22 août 2003, jugement n° 25, cité par F. M. SAWADOGO, sous art. 122 AUPC, in *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>e</sup> éd., 2008, p. 981.

<sup>190</sup> Cette affirmation doit, toutefois, être relativisée : en effet, l'article 21 AUPC autorise la juridiction compétente à décider toute modification de nature à abrégé ou à favoriser cette exécution. Cependant, les modifications à apporter à l'exécution du concordat préventif ne peuvent se faire qu'à la demande du débiteur et sur rapport du syndic. La cour d'appel d'Abidjan (arrêt n° 367 du 27 mars 2001, aff. Air Continental c/ B. O. A., *Ecodroit*, n° 10, avril 2002, p. 60, *ohadata* J-02-94) a ainsi annulé une ordonnance rendue par le Président du tribunal de première instance (ordonnance n° 33 du 03 janv. 2001) qui proroge le concordat alors que l'ordonnance a été rendue sans que le juge ait pris connaissance du rapport du syndic.

<sup>191</sup> L. GUILLOUARD, *Traité du cautionnement et des transactions*, 2<sup>e</sup> éd., Durand et Pédone-Lauriel, Paris, 1895, p. 257 ; voir également, com., 26 juin 1963, *Bull. civ.* 1963, III, n° 333, p. 279 ; *D.* 1963, p. 581, note R. RODIERE : « *Attendu que la cour d'appel déclare qu'en l'espèce la remise des intérêts courus postérieurement au jugement déclaratif de faillite, représentant un sacrifice important pour les créanciers et étant la condition essentielle sans laquelle le concordat n'aurait pu aboutir, constituait non une remise de dette volontaire, et gratuite visée par l'art. 1287 c. civ. mais une remise concordataire* ».

et, notamment l'article 1287 du Code civil, ne peut être invoquée par la caution, d'autant plus que le sort de la caution ne serait pas déterminé de la même façon dans le concordat préventif que dans la remise de dette de droit commun. Seulement, il est impossible de soutenir que le concordat préventif est un acte judiciairement imposé aux créanciers et au débiteur défaillant, dont le bénéfice doit être refusé à la caution. Même si le concordat préventif se situe dans le cadre des procédures collectives et emporte des conséquences énormes sur l'engagement de la caution, il importe de ne pas méconnaître que le droit uniforme semble consacrer la nature conventionnelle du concordat préventif (A), en oubliant de prendre en compte le sort de la caution alors reléguée à la place d'un tiers au sens strict (B).

### **A- Le concordat, une convention postérieure à la conclusion du cautionnement**

#### **106. L'impossibilité de méconnaître la dimension conventionnelle du concordat préventif.**

En abandonnant le règlement amiable issu du droit français dont la qualification juridique a divisé la doctrine et oscillait être un acte contractuel et un acte judiciairement formé, pour adopter le règlement préventif, et interdire le bénéfice des mesures concordataires à la caution, le droit uniforme n'a pas sensiblement innové, car la consécration de la nature conventionnelle du concordat préventif s'observe au niveau de son mode de formation<sup>192</sup>. La Cour d'appel d'Abidjan, dans son arrêt du 8 novembre 2002, décide clairement que le concordat préventif a une nature contractuelle qu'il conserve même après son homologation par le tribunal<sup>193</sup>. Or, par le principe posé par l'article 7, alinéa 4, de l'AUS, le débiteur principal ne peut aggraver l'engagement de la caution par une convention postérieure au cautionnement. Cependant, la formation du concordat est postérieure à la conclusion du contrat de cautionnement et ses effets modifient considérablement l'engagement accessoire de la caution, à travers l'impossibilité pour la caution de se prévaloir des remises consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives. Il en découle une méconnaissance affirmée des règles classiques du droit du

---

<sup>192</sup> J. CARBONNIER, « Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIII, (1959-1960) ; J. BREDIN, « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1959-1960 ; J. P. VIENNOIS, « L'amiable », *Revue générale des procédures*, préc., n° 4, p. 488, qui estime que l'amiable exclut le traitement juridictionnel d'une difficulté donnée mais la consécration normative de règlements amiables n'implique pas l'interdiction de la saisine du juge. Sauf volonté contraire exprimée par les parties, le règlement amiable peut débiter alors qu'une procédure juridictionnelle a été entamée et, inversement, les parties conservent la possibilité de se détourner du processus amiable pour porter leur litige devant le tribunal ; or, la conclusion des mesures concordataires se fait en marge de toute intervention du juge, autrement dit, il ne s'agit pas d'un contrat judiciairement formé, d'autant plus que le juge n'interfère pas dans la rencontre des volontés, ni dans les négociations ; il prendra acte des résultats en donnant authenticité, mieux une certification.

<sup>193</sup> Abidjan, 8 nov. 2002, Aff. Jean MAZUET c/ GOMP-CI, arrêt n° 1129, cité par F. M. SAWADOGO, sous art. 18 AUPC, in *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>e</sup> éd., 2008, préc., p. 909.

cautionnement. En effet, lorsque le débiteur dépose une offre de concordat, il procède à la conclusion d'un accord avec ses créanciers avec les bons offices d'un expert désigné par le juge.

**107.** L'accord ainsi réalisé entre le débiteur et les créanciers avec l'aide de l'expert est d'une nature purement contractuelle. La conclusion du concordat préventif est fondée sur l'autonomie de la volonté de chaque créancier. En effet, un créancier peut refuser de consentir un délai ou une remise sans que cela n'empêche la formation du concordat. Les sacrifices consentis au débiteur ne sont pas égaux, car les mesures sont volontairement accordées au débiteur. Ainsi, le débiteur peut consentir à la réalisation de certaines opérations qu'il juge indispensables à la survie de son entreprise. A ce titre, il peut s'engager à abandonner une branche déficitaire, à réduire ses charges, à consentir des garanties sous forme de sûretés négatives afin de ne pas grever davantage l'actif de l'entreprise<sup>194</sup>.

**108.** La nature conventionnelle de l'accord autorise le débiteur et ses partenaires à exprimer leur consentement sur toutes les mesures qui permettront le sauvetage du débiteur. Cette volonté et le consentement qui l'induit, pour être efficaces, nécessitent l'éclairage par les renseignements fournis par le débiteur ou l'expert désigné. Sur la nature juridique du concordat, le professeur Sawadogo fait remarquer qu'elle peut s'observer sur deux angles complémentaires, à savoir, d'une part, la nature *stricto sensu* du concordat et, d'autre part, son caractère gratuit ou onéreux<sup>195</sup>. S'agissant du premier aspect, le concordat peut être rapproché du contrat dans la mesure où il faut une offre du débiteur et une acceptation des créanciers<sup>196</sup>. Mais il diffère du contrat ordinaire en raison de l'homologation qui n'existe pas dans le contrat en droit commun. A cet égard, le concordat est considéré en doctrine comme s'apparentant à un acte juridique collectif voisin des conventions collectives du droit du travail et du contrat de société<sup>197</sup>.

**109. Un acte à titre onéreux.** En ce qui concerne le caractère du concordat, l'on a pu penser que le concordat serait un acte gratuit dans la mesure où les créanciers abandonnent une partie de

<sup>194</sup> E. BROCARD, thèse préc., n° 282, p. 138.

<sup>195</sup> F. M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 295, p. 287.

<sup>196</sup> Pour GHESTIN (*Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993, n° 237 et s., p. 221), « L'accord de volontés reste ainsi le critère du contrat. Il est une procédure spécifique de création d'effets juridiques (...). L'accord de volonté de volonté (...) reste l'élément spécifique du contrat, et à ce titre, son critère (...). Malgré leur diversité, les contrats ont en commun de se former par un accord de volontés ». Voir également, L. JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Etudes sur les sources du droit en l'honneur de F. GENY*, t. 2, Paris, 1935, p. 333 et s. ; *addé* « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1936, p. 5 ; du même auteur, « Un ordre juridique nouveau », *DH* 1937, p. 41. A. RIEG, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du 19<sup>e</sup> siècle », *Archives de Philosophie du Droit*, 1957, p. 131-132.

<sup>197</sup> F. M. SAWADOGO, op. cit., n° 295, p. 287.

leurs droits sans contrepartie apparente. Cependant, cette conception est une vue de l'esprit ; le concordat n'est point une libéralité. M. Kouassi écrit, à juste titre, que « *les remises concordataires ne sont pas des libéralités, mais constituent une stratégie de redressement dans l'intérêt du débiteur et du créancier* »<sup>198</sup>. Dans tous les cas, aucun *animus donandi*, aucune intention libérale, ne peut animer les créanciers dans le monde des affaires. Les remises et les délais accordés par les créanciers sont motivés par la volonté de recouvrer plus facilement et plus sûrement la fraction non abandonnée. M. Sawadogo précise, dans ce sens, que le concordat est un acte à titre onéreux et cette qualification emporte pour conséquence l'obligation pour le débiteur d'acquitter la partie de la dette non remise, laquelle obligation se transforme en une obligation civile si le concordat contient une clause de retour à meilleure fortune.

**110.** Tout compte fait, la nature conventionnelle des mesures concordataires est consacrée par le droit uniforme d'autant plus que son inexécution entraîne la résolution judiciaire et qu'il ne produit les effets qu'à l'égard des parties, qui seuls peuvent s'en prévaloir. Il s'ensuit que la caution, alors tiers à l'élaboration des mesures, ne peut en profiter et ne peut s'en prévaloir comme moyens de défense à l'égard des créanciers<sup>199</sup>. Thaller écrivait, dans ce sens, que « *la masse formant une sorte de corporation, sa volonté n'est pas subordonnée à l'adhésion individuelle de tous ses membres* »<sup>200</sup>. L'exigence légale de l'homologation par la juridiction compétente vise à protéger ceux qui n'y auront pas consenti. Il en découle que l'existence de ce fondement contractuel interdit à la juridiction d'avoir « un rôle actif »<sup>201</sup> : à ce titre, l'homologation ne peut ni modifier les propositions faites par le débiteur, ni celles acceptées par les créanciers. La nature conventionnelle du concordat préventif permet d'y trouver les raisons de la remise en cause du caractère accessoire du cautionnement.

## **B - L'exception du cautionnement à déroger à l'effet relatif du concordat préventif**

### **111. La règle de l'accessoire : une prévision légale inopérante dans le cadre du concordat.**

La règle de l'accessoire résulte des articles 7 et 15 de l'AUS. En effet, l'article 7 dispose que

---

<sup>198</sup> C. KOUASSI, *Traité des faillites et liquidations judiciaires en Côte d'Ivoire, études juridiques et formulaires*, éditions SOCOGEC, Abidjan, collection espace entreprise, 1987, n° 608.

<sup>199</sup> L'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique prévoit que « *la société est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens (...). Lorsqu'un tel accord n'est pas à l'origine de la situation considérée, celle-ci ne peut être qualifiée de contrat* » ; J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.* 1990, chron. p. 147 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 237 et s., p. 221.

<sup>200</sup> E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6<sup>e</sup> éd., par J. PERCEROU, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1922, n° 2068.

<sup>201</sup> Locution utilisée par le professeur SAWADOGO, *op. cit.*, n° 295.

« *L'engagement de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal* ». De son côté, l'article 15 prévoit que « *la caution est tenue de la même façon que le débiteur principal* ». Seulement, cette règle de l'accessoire ne reçoit aucune définition légale à la différence du droit allemand à travers l'article 767 BGB ainsi libellé : « *L'obligation de la caution est conditionnée à chaque moment par l'existence et le contenu de l'obligation du débiteur principal* ». A suivre ces dispositions précitées, la dette de la caution ne doit pas dépasser celle du débiteur principal tant dans son étendue que dans son exigibilité. C'est également le contenu de cette règle de l'accessoire qui permet à la caution de se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette et qui appartiennent au débiteur principal. Mais l'ouverture de la procédure collective semble remettre en cause cette règle. Cette éviction de la norme de l'accessoire attachée au droit du cautionnement se retrouve à l'article 18 AUS selon lequel la caution ne peut se prévaloir des remises consenties au débiteur principal dans le cadre des procédures collectives. En réalité, l'article 18 AUS, en interdisant à la caution de se prévaloir des exceptions du débiteur, à ce moment, ne vise que « *les remises consenties dans le cadre des procédures collectives* ». Or, la formation du concordat, détaillée plus haut, permet d'affirmer qu'elle obéit aux règles du droit commun des contrats.

**112.** Comment comprendre alors cette interdiction faite à la caution de se prévaloir des mesures consenties volontaires et non imposées aux créanciers ? Il est inconcevable d'admettre que c'est en raison de la finalité du concordat préventif que le législateur a interdit à la caution de s'en prévaloir car tout acte juridique poursuit nécessairement une finalité, nonobstant le cadre juridique de son élaboration. En fait, la caution est intéressée directement à l'évolution de la convention originaire parce qu'elle lui est liée par un acte accessoire. En effet, la théorie de l'accessoire attribuée au cautionnement a toujours eu un succès en droit commun mais ses fondements précis ne retiennent pas souvent l'attention des juristes. Seule sa portée semble se manifester dans le droit des procédures collectives.

**113. L'accessoire : une notion aux contours mal maîtrisés.** La doctrine a conféré une place importante à la règle de l'accessoire en droit du cautionnement, tantôt érigée en norme, tantôt en dogme, à telle enseigne que certains auteurs classiques n'ont pas reconnu l'existence d'une obligation propre à la caution<sup>202</sup>. Guillouard, en qualifiant le contrat de cautionnement

---

<sup>202</sup> F. JACOB, (*Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. SIMLER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 294, 1998, spéc. n° 53) fait le constat selon lequel « *les questions de savoir ce qu'est, au fond, le caractère accessoire et ce qui, finalement se cache derrière ce mot sont généralement laissées sous silence* » et il souligne qu'« *on se contente bien souvent d'affirmer que le cautionnement est par essence même un contrat accessoire puisqu'il n'a d'autre objet que de garantir une obligation principale*,

d'accessoire, a pu affirmer qu'il n'y a pas deux obligations, celle du débiteur principal et celle de la caution, mais une obligation cautionnée. Le cautionnement est donc, selon lui, une manière d'être de l'obligation principale<sup>203</sup>. Troplong aussi est dans ce sens lorsqu'il dit de l'obligation du fidéjusseur qu'elle n'est que l'obligation même du débiteur principal étendue jusqu'à lui par l'effet de sa volonté<sup>204</sup>. Par conséquent, c'est par l'effet produit par l'obligation du débiteur principal que la caution intervient dans le contrat de base et soulève les exceptions du débiteur principal.

**114.** Au regard de la définition même de Pothier qui envisage le cautionnement comme étant le contrat par lequel quelqu'un s'oblige envers un créancier à lui payer ce que le débiteur lui doit, « *en accédant à son obligation* »<sup>205</sup>, il s'ensuit que la caution est appelée à « *entrer dans des engagements déjà contractés par d'autres* ». C'est alors que certains ont pu soutenir que l'accessoire permet de déroger à l'effet relatif des contrats. Mais le législateur du droit uniforme a soustrait le régime du cautionnement d'un certain nombre de caractéristiques auxquelles on a tendance à assimiler l'objet de l'engagement de la caution dans le cadre des procédures collectives.

**115.** En application du principe selon lequel les contrats ne peuvent développer leurs effets que *res inter alios acta*, l'Acte uniforme interdit à la caution d'invoquer ou, mieux, de bénéficier des mesures concordataires à l'élaboration desquelles elle est étrangère, dans le seul but d'échapper à

---

*avant, sans essayer réellement d'en comprendre le pourquoi, de décrire son régime évidemment accessoire en l'envisageant tantôt comme une conséquence de la qualification d'accessoire, tantôt, au contraire, comme une cause de cette qualification* ».

<sup>203</sup> L. GUILLOUARD, *Traité du cautionnement et des transactions*, préc., n° 12.

<sup>204</sup> R.-Th. TROP LONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, Du cautionnement et des transactions*, tome 17, Paris, 1846, n° 96.

<sup>205</sup> R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, par M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, Tome II, Paris, 1848, n° 352 et s. et p. 192 et s. En effet, quatre règles fondamentales ont été déduites de la définition du cautionnement donnée par Pothier. Les trois premières portent sur l'existence et l'étendue de l'obligation de la caution. D'abord (Pothier, *op. cit.*, n° 366), « *l'obligation des fidéjusseurs étant une obligation accessoire à celle du débiteur principal, il en résulte qu'il est de l'essence de l'obligation des fidéjusseurs qu'il y ait une obligation du principal débiteur qui soit valable : conséquemment, si celui pour qui le fidéjusseur s'est obligé envers vous n'était pas votre débiteur, le fidéjusseur ne se serait pas obligé, l'obligation accessoire ne pouvant subsister sans une obligation principale* ». Ensuite (Pothier, *op. cit.*, n° 368), « *le fidéjusseur ne peut valablement s'obliger qu'à la prestation de la chose même à laquelle le débiteur principal est obligé, ou à la prestation d'une partie de cette même chose* ». De plus (*op. cit.*, p. 370), « *la caution ne peut valablement s'obliger qu'à ce à quoi le débiteur 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* ». Enfin, la dernière proposition est relative à l'extinction du cautionnement (*op. cit.* p. 377) : « *le cautionnement étant une obligation accessoire à celle du débiteur principal, l'extinction de l'obligation principale entraîne aussi l'extinction du cautionnement, puisqu'il est de la nature des choses accessoires de ne pouvoir subsister sans la chose principale. (...) Car l'essence du cautionnement étant que le fidéjusseur soit obligé pour le débiteur principal, il ne peut plus être obligé lorsqu'il n'y a plus de principal débiteur pour qui il soit obligé* ».

l'exécution de ses propres engagements. De la même façon qu'il est acquis que nul ne peut être obligé ou ne peut profiter d'un droit sur le fondement d'un contrat à la formation duquel il n'a pas participé, de la même façon, il est admis que nul ne peut se soustraire à ses obligations en tirant arguments des vicissitudes qui affectent ce contrat. A ce titre, la théorie de la relativité des conventions exerce, par principe, une double action, freinant le rayonnement des effets du concordat préventif à l'égard de la caution au même titre que les exceptions qui pourraient l'atteindre, dont la caution ne peut se prévaloir.

**116.** Or, l'engagement de la caution, parce qu'il est envisagé comme dépendant du lien d'obligation cautionné et accessoire à celui-ci, semble apporter une exception au principe de l'effet relatif des conventions. Cette analyse se révèle insuffisante, nuancée par moments, voire même réfutée, confortant la justification de l'attribution de la qualité de tiers à la caution dans les diverses approches du cautionnement au regard de son statut à déroger au principe posé par l'article 1165 du Code civil selon lequel les conventions ne produisent leurs effets qu'à l'égard des parties contractantes.

**117. Le cautionnement et l'effet relatif des conventions.** Partant d'une série de syllogismes pour obtenir les éventuelles exceptions au principe de l'effet relatif des contrats, M. Bacache-Gibeili, dans sa thèse consacrée à « La relativité des conventions et les groupes de contrats », a posé en majeure que « toute exception à l'article 1165 ne peut être accueillie que si elle est fondée sur l'un des quatre mécanismes suivants : la cession de créance, la stipulation pour autrui, la loi ou la règle *accessorium sequitur principale* »<sup>206</sup>. Le cautionnement est ainsi visé par ce raisonnement en raison de sa nature accessoire. Fidèles à l'interprétation de l'exception de la règle de l'accessoire soutenue par la relativité des conventions, des auteurs se sont évertués à justifier ce statut dérogatoire du cautionnement<sup>207</sup>.

**118. L'homogénéité de la règle d'opposabilité des exceptions.** La doctrine, représentée par MM. Marty, Raynaud et Jestaz, se fonde sur l'homogénéité de la règle d'opposabilité des exceptions dans les relations qu'entretiennent l'obligation du garant et celle du débiteur principal en faisant valoir que « contrairement à ce qu'on croit souvent, l'inopposabilité des exceptions n'est pas liée au caractère éventuellement abstrait de l'engagement. Au départ, elle résulte simplement de l'effet relatif des contrats. Plus précisément, elle résulte du principe sous-jacent

---

<sup>206</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préface Y. LEQUETTE, thèse, Paris, LGDJ, 1996, p. 254 et s.

<sup>207</sup> Sur la question, voir, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *Droit des sûretés*, Sirey, 2007, p. 82, n° 232 et s.

*d'indépendance des contrats, tel qu'il s'exprime notamment dans la règle de l'effet relatif : c'est donc la solution normale et de droit commun* »<sup>208</sup>. MM. Marty, Raynaud et Jestaz font remarquer, par la suite, que « *par exception, l'article 2036 du Code civil permet à la caution d'opposer les exceptions du débiteur lorsqu'elles sont inhérentes à la dette, solution dérogatoire qui tient au caractère accessoire dont le législateur a voulu doter le cautionnement* ». Pour ces auteurs, l'accessoire serait une exception au principe de la relativité des conventions découlant d'une prévision légale, notamment, l'article 2036 du Code civil et de la règle d'opposabilité des exceptions qu'il énonce. Cette position investit la caution du bénéfice des exceptions du débiteur principal et lui permet de se prévaloir des mesures concordataires à la conclusion desquelles elle n'est pas partie si, et seulement si, la loi l'y autorise, et, serait le lieu de solutions dérogatoires à l'article 1165 du Code civil ; mais c'est le fondement homogène de la règle d'opposabilité qui est discutée.

**119. Le rejet de l'exception du cautionnement à déroger à l'effet relatif du contrat.** Prenant le contre-pied des auteurs Marty, Raynaud et Jestaz, M. Grimaud, dans sa thèse relative au caractère accessoire du cautionnement<sup>209</sup>, recherchant le fondement de l'accessoire dans la théorie de l'effet relatif, affirme que la pièce maîtresse du statut dérogatoire du cautionnement réside dans la question omniprésente des exceptions opposables ou inopposables mais que ces auteurs évoquent la règle pour établir la distinction entre le cautionnement et les autres garanties personnelles, sans parvenir à la résoudre en se fondant sur le seul principe de la relativité des conventions. Selon lui, dès qu'il s'agit du domaine de l'inopposabilité des exceptions, Marty, Raynaud et Jestaz ne font plus référence à l'effet relatif des conventions, mais s'en remettent à la définition de l'objet de l'engagement du garant. Il conclut que cette référence à l'article 1165 du Code civil a une portée purement explicative sans prolongement direct sur le régime des relations de la garantie et du contrat de base. M. Grimaud, tirant leçon des difficultés rencontrées à trouver le fondement authentique de la règle de l'accessoire dans le principe de la relativité des conventions, retient que le fondement de statut dérogatoire à l'effet relatif des contrats ne fournit aucun guide dans l'élaboration du régime des exceptions et n'a pas d'implication directe sur la question de son rayonnement à l'intérieur des relations caution-crédancier.

**120.** Finalement, il réfute la portée attachée au statut dérogatoire du principe de l'accessoire en faisant appel à une double limite : d'abord, « *si l'article 1165 a conçu le contrat comme un*

---

<sup>208</sup> G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Les sûretés, la publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd., par Ph. JESTAZ, Sirey, 1987, n° 638 ; P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation*, cours DEA, Paris II, 1977-1978, p. 127.

<sup>209</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., p. 381 et s.

*règlement particulier au petit nombre de ceux qui l'ont souscrit, c'est un lieu commun d'observer que la portée qu'il énonce n'est pas absolue* ». Ensuite, « *la distinction du contrat laisse transparaître ce qu'on pourra désigner le domaine matériel de l'effet relatif* ». Pour lui, le champ d'application de ce principe est encore limité *rationae temporis*. Il appuie son raisonnement sur la controverse récemment engagée sur la distinction des notions de « partie » et de « tiers », qui a fourni l'occasion de rappeler que son objet est strictement immédiat, parce qu'il saisit le lien contractuel au stade de sa formation, abstraction faite de ce que devient l'obligation au stade de son insertion dans le commerce juridique<sup>210</sup>. Cette conception de l'application de l'article 1165 du Code civil au stade de la formation du contrat est séduisante en ce qu'elle permet d'écarter la caution du bénéfice des exceptions au stade de la formation du concordat ; mais elle est critiquable à plus d'un titre. Les rapports qui unissent le créancier et la caution remontent au contrat initial cautionné qui a subi des modifications avec la formation du concordat préventif. Or, l'article 7 de l'AUS interdit au débiteur d'aggraver l'engagement de la caution par une convention postérieure à la conclusion du contrat de cautionnement. Cependant, le concordat préventif, en modifiant le rapport d'obligation initial entre le débiteur et le créancier, engendre des conséquences inattendues sur l'engagement de la caution : par le report d'échéance consenti, la caution est tenue de payer plus tôt que le débiteur principal ; de même, par la remise de dette, elle est également tenue de manière plus onéreuse que le débiteur principal.

**121.** En conséquence, la portée exacte de l'effet relatif se comprendrait aisément si les termes mêmes de « partie » et de « tiers » avaient été clairement définis en droit positif<sup>211</sup>. Or, ces notions sont floues et évolutives. En réalité, entre le jour de la formation et l'exécution de la convention, la qualité de tiers et de partie a pu évoluer. Il faut, par conséquent, en plus de l'appréciation au stade de la formation du rapport de base, étendre le domaine matériel et temporel au stade de l'exécution<sup>212</sup>, en tenant compte des éventuelles modifications subies par la dette cautionnée. C'est l'hypothèse du concordat qui est intervenu postérieurement au contrat de cautionnement et qui modifie le rapport de base.

---

<sup>210</sup> J. L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préf. H. BATTIFOL, thèse, Paris, LGDJ, 1982, Tome 171, p. 59 ; R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p. 525.

<sup>211</sup> J. L. AUBERT, « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.* 1993, p. 263 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée de l'effet relatif », *RTD civ.* 1994, p. 275 ; J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.* 1994, p. 777 ; C. CHARBONNEAU et F. J. PANSIER, « Du nouveau de la notion de partie », *Deffrénois*, 2000, p.284.

<sup>212</sup> S. PORCHY-SIMON, *Droit civil, Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2006, p. 185, n° 395.

**122. La caution : un tiers *penitus extranei* face à la convention modificative du rapport de base ?** Le concordat est, sans aucun doute, une convention modificative du lien contractuel initial. La convention concordataire, dès lors qu'elle est homologuée par la juridiction compétente, replace le débiteur à la tête de son entreprise et constitue une modification du rapport d'obligation de base, produisant immédiatement ses effets entre les parties. Assujettie dans sa formation au droit commun des obligations, la convention concordataire obéit à la règle des « conventions légalement formées » qui doit faire la loi des parties et ne pouvant produire aucun effet à l'égard des tiers, ni leur profiter, ni leur nuire. Cependant, la difficulté d'application de la règle de l'effet relatif des contrats est trop bien connue. Il suffit de rappeler que toute convention constitue un fait que les tiers ne sauraient négliger et le problème des rapports entre les intérêts de la caution et les parties au concordat réapparaît nécessairement dès lors que les sphères de leurs intérêts respectifs sont amenées à s'entrecroiser.

**123.** Mais M. Ghazi, dans sa thèse consacrée à la modification de l'obligation par les parties, après avoir défini la modification comme l'acte juridique par lequel les parties conviennent de changer, en cours d'exécution, un ou plusieurs éléments de la convention qui les lie, sans la détruire<sup>213</sup>, retrace les effets de la convention modificative à l'égard des tiers ayant garanti l'obligation initiale en ces termes : « *parce qu'elle ne doit pas, en raison de son effet relatif, nuire aux droits des tiers, la convention modificative est inopposable à ceux qui ont garanti personnellement l'exécution du lien de droit originaire* »<sup>214</sup>. L'auteur, en délimitant le domaine d'application de la règle, affirme qu'en application du principe de l'opposabilité absolue de l'obligation aux parties contractantes, la convention modificative s'impose à tous ceux qui ont participé à son élaboration. Il en déduit que « *le fidéjusseur est nécessairement une personne distincte des parties. Il s'engage auprès du créancier à se substituer au débiteur défaillant par une convention accessoire au contrat principal* ». M. Ghazi, tirant conséquence de la modification des conventions sur le régime du cautionnement qui a pour objet « *de modifier précisément le rapport de droit qu'elle garantit* », conclut qu'« *il faut étendre le domaine de l'opposabilité de la convention modificative aux seules sûretés dont les titulaires ont contribué à l'élaboration, pour en exclure principalement les cautions personnelles et rarement les cautions réelles* »<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Etude de droit civil français*, préface D.

TALLON, LGDJ, thèse, Paris, 1980, n° 26, p. 14.

<sup>214</sup> A. GHOZI, thèse préc., n° 482, p. 192.

<sup>215</sup> A. GHOZI, thèse préc., n° 485, p. 194.

**124.** Cette thèse a l'avantage de délimiter le domaine d'application de la théorie de l'effet relatif des conventions, admissible à s'appliquer au cautionnement et à exclure la caution non participante à la formation du concordat préventif du bénéfice des mesures concordataires consenties et non imposées par le juge, alors modificatives des obligations initiales entre les créanciers et le débiteur principal en difficulté. Seulement, cette solution entre en conflit avec l'article 25, alinéa 3, de l'AUS, selon lequel la caution est déchargée en cas de modification d'une modalité de la dette cautionnée. Il s'ensuit que l'ombre de l'imbrication des relations entre les trois partenaires dans l'opération de cautionnement plane sur les solutions pouvant permettre d'exclure la caution de bénéfice des mesures concordataires.

**125. Conclusion de la section 2.** L'interdiction faite à la caution de se prévaloir des mesures consenties au débiteur principal dans le cadre des procédures collectives et le fait que l'article 18, alinéa 3, de l'AUPC prévoit expressément que la caution ne profite pas du concordat préventif démontrent que le caractère accessoire attribué au cautionnement n'est pas respecté dans le droit uniforme relatif aux procédures collectives. Or, les mesures concordataires sont librement négociées et accordées. En optant pour une application littérale de la théorie des exceptions et en refusant à la caution le droit d'opposer les exceptions appartenant au débiteur, la caution est soumise au même régime que le codébiteur moins que le codébiteur non intéressé à la dette que vise l'article 1216 du Code civil et gomme la différence majeure qui existe entre obligations et accessoire. C'est donc bien le caractère accessoire du cautionnement qui se trouve remis en cause, ce qui est assurément un bouleversement, qu'il sera permis de juger regrettable<sup>216</sup>.

### **Conclusion du chapitre I**

**126.** L'analyse des règles de l'ouverture de la procédure du règlement préventif a permis de découvrir la remise en cause explicite et impérative du caractère accessoire du cautionnement qui s'observe dans les mesures concordataires. S'il ne fait aucun doute que la rencontre de volontés est l'élément essentiel en l'absence duquel aucune convention ne saurait jamais se former, en aucun lieu, en aucun temps<sup>217</sup>, l'élément à défaut duquel une convention à proprement parler est

---

<sup>216</sup> Ph. SIMLER, « La caution ne peut opposer au créancier la nullité pour dol du contrat principal », *JCP G* 2007, II, 10138, p. 38.

<sup>217</sup> J.-B. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7<sup>e</sup> éd., tome IV, 1873, n° 397 ; M. C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, tome XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, préc., n° 45, p.47 ; H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Archives philosophiques du droit*, 1940, p. 33.

inconcevable<sup>218</sup>, alors, les mesures concordataires apparaissent comme un « foyer clos » dans lequel des étrangers ne peuvent s'introduire<sup>219</sup>.

**127.** En clair, les enseignements tirés de l'analyse de la doctrine et la reconnaissance légale par le droit uniforme de la nature conventionnelle du concordat, éclairent suffisamment sur le régime appliqué à la situation de la caution dans le cadre des mesures concordataires. Ainsi, l'Acte uniforme exclut ceux qui sont étrangers à l'élaboration des mesures concordataires à son bénéfice, telle la caution, consacrant ainsi l'impossibilité pour la caution de se prévaloir des remises concordataires. A la lecture des articles 18 et 134 de l'AUPC, le concordat, qu'il soit préventif ou de redressement, a un effet relatif d'autant plus que ces textes font du débiteur le seul bénéficiaire des mesures consenties, reléguant la caution à la place de tiers, *penitus extranei*. Cette solution aboutit à la rupture du lien accessoire avec le contrat de base, à l'accession de l'obligation de la caution à l'autonomie mais, surtout, démontre que la règle de l'accessoire ne peut, en aucun cas, constituer un mécanisme de protection de la caution contrairement à une tradition répandue selon laquelle la norme de l'accessoire est une règle protectrice de la caution.

**128.** Il s'ensuit que les mécanismes de protection de la caution ne peuvent résulter que d'une loi impérative n'admettant pas d'exception. Les chances de succès du règlement préventif seront très minces sans la participation de la caution au concordat préventif<sup>220</sup>. C'est le cas du dirigeant caution qui peut choisir de ne pas mentionner la créance qu'il a cautionnée sur la liste des dettes pouvant faire l'objet de la suspension des poursuites individuelles. Il peut aussi, pour éviter de se voir poursuivre par le créancier, chercher à maintenir « *la poursuite (...) d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire l'entreprise qu'à la cessation des paiements* »<sup>221</sup>. Cette solution ne permet pas d'atteindre efficacement l'objectif légal. Il importe, par conséquent, de repenser le sort de la caution pour que tout le monde attende la fin de la procédure préventive pour agir, dans le souci de ne pas faire supporter à la caution les risques de l'ouverture de la procédure préventive. Or, les garanties de mise en œuvre des mesures préventives se révèlent également défavorables à la caution.

---

<sup>218</sup> F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3<sup>e</sup> éd., tome XXVIII, Durand et Pédone Lauriel, Paris, 1877, n° 543, p. 510.

<sup>219</sup> A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XVIII, Paris, Gobelet, 1824, n° 52, p. 32.

<sup>220</sup> A propos de la suspension de poursuites de l'ordonnance du 23 septembre, A.-M. BAUDRON, *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, préc., n° 76, p. 69.

<sup>221</sup> Article 197, 5<sup>e</sup>, de l'AUPC.

## CHAPITRE II - L'ALTERATION DU DROIT DU CAUTIONNEMENT PAR LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES PREVENTIVES

**129. L'indifférence de la suspension des poursuites individuelles sur le droit du créancier contre la caution.** Les effets du règlement préventif vont de pair avec l'exécution du concordat préventif. Pour permettre au débiteur de mettre en œuvre les mesures utiles susceptibles d'endiguer les difficultés de l'entreprise, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif impose des sacrifices aux créanciers et exige des engagements de la part du débiteur. La question qui se pose est de savoir si la mise en œuvre des mesures préventives préserve le caractère accessoire du cautionnement. A cette phase du traitement préventif des difficultés du débiteur, le créancier jouit d'un droit indépendant de poursuite contre la caution. C'est une solution qui assure incontestablement l'efficacité de la garantie. Elle passe par la remise en cause du caractère accessoire de la sûreté. Il s'agit d'une innovation du droit uniforme. En réalité, dans toute la phase de prévention des difficultés du débiteur, il est difficile d'utiliser l'expression « restriction à la théorie de l'accessoire » pour décrire la situation de la caution. En effet, il est souvent enseigné que la caution ne paie qu'en cas de défaillance ou d'insolvabilité du débiteur principal<sup>222</sup>.

**130.** Outre qu'une décision de suspension des poursuites individuelles est rendue par le Président de la juridiction compétente dès le dépôt de la proposition du concordat préventif<sup>223</sup>, la combinaison des mesures de report d'échéances et de réduction de créance destinées à assurer le renflouement du débiteur principal retentit sur l'étendue et le temps de l'exécution de l'obligation cautionnée, rendant l'engagement de la caution plus onéreuse que l'engagement fondamental. De même, les garanties de l'exécution du concordat préventif (Section 1) et les sanctions attachées à leur inexécution influent considérablement sur le régime du cautionnement (Section 2).

### Section 1- L'éviction de l'engagement de la caution par les garanties de mise en œuvre des mesures concordataires

**131. La primauté de l'efficacité de la garantie.** L'ambition du législateur de l'Acte uniforme consiste à prévenir un traitement judiciaire plus contraignant pour les créanciers et le débiteur

---

<sup>222</sup> F. ANOUKAHA, A. Cisse-Niang, M. Foli, J. Issa-Sayegh, I. Y. Ndiaye et M. Samb, *OHADA, Les sûretés, op. cit.*, n° 73, p. 30.

<sup>223</sup> Article 8 AUPC.

lui-même. C'est une solution efficace pour sauver l'entreprise et obtenir le paiement des créanciers bénéficiaires de garanties, surtout lorsqu'il s'agit d'un cautionnement. Cependant, cette solution a l'inconvénient de ne pas prendre suffisamment en compte le caractère accessoire de la garantie. En réalité, pour mettre en œuvre les mesures concordataires, les créanciers sont appelés à s'abstenir de certains actes de nature à compromettre l'exécution du concordat préventif. L'ensemble des sacrifices consentis, de part et d'autre, pèse sur la tête de la caution qui ne peut pas, en retour, exercer ses droits contre le débiteur pendant toute la durée de mise œuvre des mesures concordataires, signe palpable de la remise en cause de la norme de l'accessoire inhérente au cautionnement. En effet, le juge suspend les actions individuelles contre le débiteur principal (Paragraphe 1) et le débiteur principal aussi prend des engagements pour éviter l'échec ou l'inexécution des mesures concordataires pour un heureux dénouement de la procédure préventive (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1- La décision de suspension des poursuites individuelles**

**132. L'élément judiciaire de la phase préventive.** Sur habilitation du législateur, l'élaboration et l'exécution harmonieuse des mesures préventives sont subordonnées à la prise des mesures judiciaires pour offrir une protection au débiteur. Dans le souci de mettre en œuvre les mesures concordataires, le président de la juridiction compétente rend une décision de suspension des poursuites individuelles qui s'impose aux créanciers antérieurs répertoriés dans la requête, chirographaires ou munis de sûretés, dans les délais qu'ils ont consentis au débiteur principal. Durant toute cette phase, les créanciers munis de sûretés réelles ne peuvent réaliser leurs sûretés; par contre, les créanciers bénéficiaires du cautionnement vont légitimement réclamer paiement à la caution. C'est une victoire des sûretés personnelles sur les sûretés réelles du point de vue de l'efficacité de la garantie. Devant cette situation, le créancier bénéficiaire d'un cautionnement est indifférent à la procédure préventive, d'autant plus que la décision de suspension provisoire des poursuites individuelles empêche les créanciers d'agir contre le débiteur principal (A) ; mais ils conservent leur droit de poursuite contre la caution, démontrant ainsi l'incidence de la mesure sur l'obligation de la caution (B).

#### **A- La suspension des poursuites individuelles au profit du débiteur principal**

**133. Une décision de justice.** La décision de suspension des poursuites individuelles tire sa base légale de l'article 8 AUPC qui dispose : « *Dès le dépôt de la proposition du concordat, celle-ci est transmise, sans délai, au Président de la juridiction compétente qui rend une décision de*

*suspension des poursuites individuelles* ». A compter de la décision de suspension des poursuites individuelles, les droits des créanciers envers le débiteur connaissent provisoirement des restrictions. Il en va ainsi de toute procédure de recouvrement par injonction d'une créance certaine, liquide et exigible à l'encontre du débiteur, prévue à l'article 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

**134. Les actions concernées.** Toute action en justice et voie d'exécution de la part des créanciers titulaires de créances antérieures sont interdites par l'article 8 AUPC. La généralité des formules usitées permet d'y inclure les éventuelles demandes des créanciers tendant à l'ouverture d'une procédure de redressement et les exécutions forcées ou volontaires, même fondées sur un jugement ayant acquis l'autorité de la chose jugée. La suspension des poursuites individuelles englobe non seulement les actions en justice, *stricto sensu*, mais aussi les saisies ou, encore, les astreintes. D'une façon classique, les voies d'exécution étaient des procédures légales permettant à un créancier impayé de saisir et, dans certains cas, de vendre les biens de son débiteur afin de se payer sur le prix de vente. Mais depuis la mise en place de l'Acte uniforme ayant créé la saisie appréhension et la saisie-revendication, cette définition classique doit être élargie. Ainsi, les voies d'exécution ont aussi pour finalité la délivrance ou la restitution d'un bien mobilier corporel. Il ne s'agit plus seulement de saisies aux fins de recouvrement d'une créance de somme d'argent<sup>224</sup>. Pour échapper à l'interdiction, les mesures doivent avoir été réalisées effectivement avant la décision de la suspension. Il existe, tout de même, une imprécision par rapport au critère de la naissance des créances, notamment à l'action nouvelle relative à une créance née antérieurement au jugement<sup>225</sup>. Mais la difficulté réside surtout dans l'adéquation des actions en exécution et la suspension des poursuites à l'encontre du débiteur.

**135. L'imprécision relative à la suspension de l'exécution provisoire.** Qu'en est-il de la suspension de l'exécution provisoire ? Les conditions du bénéfice de la suspension de l'exécution provisoire sont restées globalement régies par le droit interne antérieurement applicable dans chaque Etat partie au Traité OHADA. Relativement au droit antérieur, la suspension de l'exécution provisoire était possible même lorsque l'exécution a commencé. La mise en oeuvre de la mesure a par contre connu un profond bouleversement avec les dispositions de l'article 32 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies

---

<sup>224</sup> A.-M. ASSI-ESSO, Commentaires sur le livre II de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, *OHADA. Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>e</sup> éd., préc., p. 771.

<sup>225</sup> Ph. ROUSSEL GALLE ( art. préc., p. 65 et s.) suggère que le critère du fait générateur paraît devoir être retenu afin d'éviter le recours à la notion d'exigibilité.

d'exécution. Aux termes de l'article 32 AUVE, « l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision ». L'application de ce texte a fait l'objet d'une vive controverse en jurisprudence et en doctrine<sup>226</sup>. Mais la CCJA est intervenue pour clarifier la portée de l'article 32 AUVE<sup>227</sup>.

**136.** La question s'était posée en droit français par rapport à la suspension de la conversion de la saisie conservatoire en saisie attribution. Cette question a partagé la chambre commerciale et la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française du 22 avril 1997 avait donné une solution inédite mais d'une parfaite orthodoxie en matière des voies d'exécution<sup>228</sup>. En effet, l'arrêt d'appel est cassé au motif que « le jugement d'ouverture de la procédure collective arrête toute voie d'exécution, tant sur les meubles que sur les immeubles, de la part des créanciers dont la créance a son origine antérieurement audit jugement ; qu'une saisie conservatoire signifiée au tiers saisi avant la date de cessation des paiements qui n'a pas été convertie en saisie attribution avant la date du jugement n'emporte plus, dès lors, affectation spéciale et privilège au profit du créancier saisissant »<sup>229</sup>. Le principe de l'arrêt des poursuites individuelles impose cette solution, aussi rigoureuse soit-elle pour le créancier dont la saisie conservatoire est rétroactivement mise à néant<sup>230</sup>. Cette solution protège le débiteur car elle permet d'éviter d'alourdir son passif et de compromettre irrémédiablement sa situation surtout lorsque la créance attribuée est très importante.

**137.** En revanche, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait admis, dans un arrêt du 10 juillet 1996<sup>231</sup>, qui confirmait un avis émis par la Cour de cassation le 16 décembre

---

<sup>226</sup> Pour une étude globale : A. NDZUENKE, « L'OHADA et la réforme des procédures civiles d'exécution en droit africain, l'exemple du Cameroun », *OHADATA-D-06-36* ; F. O. ETOUNDI, *Droit OHADA et exécution provisoire*, Collection Pratique et contentieux du droit OHADA, Presses NUMERIX.com, 2006, 1.

<sup>227</sup> CCJA, 11 octobre 2001, n° 002/2001 ; *Rev. camerounaise du droit des affaires*, janvier-mars 2002, n° 10 ; Circulaires n° 258 et 259 du 19 juin 2001 du Garde des sceaux ivoirien relatives à l'exécution provisoire et à l'exécution des décisions de justice, *Actualités juridiques*, *Rev. mensuelle de l'AIDD*, n° 20, octobre 2001, p. 14.

<sup>228</sup> A. MARTIN-SERF, *RTD com.* 1998, 108.

<sup>229</sup> Cass. com., 22 avril 1997 *JCP G.*, 1997, I, 4054, n° 16, obs. critiques de M. CABRILLAC ; *JCP E* 1997, II, 1013, note critique de V. GRELLIERE ; *Rev. proc. coll.* 1997, 3, p. 316, obs. P. CANET ; *RD bancaire et bourse*, mai-juin 1997, 134, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI ; *Droit et patrimoine*, sept. 1997, 78, obs. critiques de M.-H. MONSERIE.

<sup>230</sup> L'arrêt de la Chambre commerciale va à l'encontre des solutions des juridictions de fond qui maintenaient dans les mêmes circonstances l'affectation de la créance saisie au profit du créancier saisissant, Dijon, 17 oct. 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, 343, obs. P. CANET ; TGI Le Mans, 12 avril 1994, *Gaz. Pal.* 1996, 2, 29, note J. VRAY ; TGI Lyon, 20 fév. 1996, *Rev. proc. coll.* 1997, 42, obs. P. CANET ; *D.* 1996, IR, 188. Dans le même sens que la chambre commerciale, Douai, 19 juill. 1994, *D.* 1995, 479, note J. PREVAULT ; *JCP G.* 1996, I, 3896, n° 17, obs. critiques de M. CABRILLAC ; TGI Lyon, 26 sept. 1995, *Rev. huissiers* 1996, 495 ; *Rev. proc. coll.* 1996, 343, obs. P. CANET.

<sup>231</sup> Cass. civ. 2°, 10 juill. 1996, *D.* 1996, 625, note P. ANCEL ; *Bull. civ.* IV, n° 209 ; *JCP G* 1996, II, 22723, note E. PUTMAN ; *JCP G* 1997, I, 4004, n° 11, obs. Ph. PETEL ; *RD bancaire et bourse*, sept.-oct. 1996, 212, obs. M.-J.

1994<sup>232</sup>, que la saisie attribution d'une créance à exécution successive pratiquée à l'encontre de son titulaire avant la survenance du jugement d'ouverture de la procédure collective poursuivait ses effets sur les sommes échues en vertu de cette créance après ledit jugement. Il en résulte que le créancier qui a pratiqué une saisie attribution avant le jugement d'ouverture sur une créance à exécution successive verra les effets de la voie d'exécution porter sur les sommes échues au titre de la créance saisie postérieurement à ce jugement, sans se voir opposer la suspension des poursuites individuelles.

**138.** La suspension de l'exécution provisoire devait être prononcée lorsque l'aboutissement de cette exécution même commencée risque de causer un préjudice irréparable ou d'entraîner des conséquences manifestement excessives au débiteur provisoirement condamné. Cette proposition semble intéressante mais une difficulté réside dans la compréhension des notions suivantes : « risque irréparable » ou, encore, « conséquences excessives au débiteur. Elles doivent s'analyser en des situations de fait soumises à l'appréciation du juge saisi pour englober le cas où le débiteur rencontre des difficultés économiques et financières passibles de la procédure du règlement préventif. Alors seulement, le juge pourra étendre le champ d'application de cette suspension à l'exécution provisoire déjà engagée.

**139. La généralité des actions suspendues mais à portée relative.** De portée générale, la règle de l'interdiction des poursuites concerne tous les créanciers chirographaires ou privilégiés. L'alinéa 3, *in fine*, de l'article 9 AUPC ajoute d'une façon indicative que sont, notamment visés, les créanciers munis d'un privilège mobilier spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque. Or, la caution peut devenir, par le mécanisme de la subrogation, créancière du débiteur principal. Il s'ensuit que la caution ayant payé le créancier avant l'ouverture de la procédure et subrogée dans les droits et actions du créancier contre le débiteur principal ne pourra point exercer une action en remboursement, ni une action en revendication. Du reste, les poursuites tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestés, loin de rompre l'égalité des créanciers, ne subissent pas l'influence de la procédure<sup>233</sup>. Cependant, les actions cambiales dirigées contre le débiteur sont paralysées mais elles restent possibles contre les

---

CAMPANA et J.-M. CALENDINI; *Rev. proc. coll.* 1997, 42, obs. P. CANET et p. 56, obs. F. MACORIG-VENIER.

<sup>232</sup> D. 1995, 166, note F. DERRIDA ; *JCP G* 1995, II, 22409, note A. GRAFMEYER ; *JCP E* 1995, II, 686, note R. MARTIN ; *Rev. proc. coll.* 1995, 4, p. 449, obs. B. LEMISTRE ; *RTD civ.* 1995, 965, obs. R. PERROT.

<sup>233</sup> Abidjan, chambre civ. et com., arrêt n° 633 du 11 juin 2004, Société DAFNE et autre c/ SGBCI CI, pour qui s'il est admis que l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles, rendue par le président du tribunal dans le cadre d'une procédure de règlement préventif, interdit d'initier une action en paiement de créance, cette ordonnance ne fait pas obstacle à l'action en reconnaissance de créance, sous art. 10 AUPC, in *OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2<sup>e</sup> éd., préc., p. 901.

autres signataires des effets de commerce tout comme celles dirigées à l'encontre de cautions et coobligés<sup>234</sup>.

## **B- L'interdiction du bénéfice de la suspension des poursuites individuelles à la caution**

**140. Une interdiction légale ?** Avant le droit uniforme, le sort de la caution était essentiellement régi, à l'image de la nature des mesures obtenues de manière amiable, ce qui permettait de maintenir la règle de l'accessoire inhérente au contrat de cautionnement pour y trouver une source de protection de la caution. Mais le droit uniforme, par une prévision légale, a réglé cette situation de manière impérative. A suivre les dispositions de l'article 18, alinéa 3, de l'AUS, les cautions et coobligés ne peuvent pas se prévaloir des délais et remises du concordat préventif. Or, l'article 9 AUPC qui « *suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles* » reste muet sur le sort de la caution relativement au bénéfice de la mesure accordée par le juge au débiteur principal.

**141.** La suspension des poursuites et l'interdiction des paiements semblent, à coup sûr, différer ou éteindre, dans une certaine mesure, la dette ou ses accessoires ; mais cette disposition, non plus, n'exclut formellement le bénéfice par la caution de l'exception de la suspension des poursuites et de l'interdiction des paiements. Doit-on admettre que la suspension constitue une exception personnelle au débiteur pour interdire son bénéfice à la caution ou faut-il l'englober dans la catégorie des remises consenties dans le cadre des procédures collectives ? L'admission de cette interdiction dans la rubrique des remises consenties n'est pas concevable d'autant plus que l'article 18 AUS fait expressément référence aux « remises », ce qui suppose des remises obtenues dans le cadre du concordat préventif. Seulement, la référence aux « *exceptions inhérentes à la dette qui appartiennent au débiteur principal* » faite par l'article 18 AUS autorise à admettre l'existence, *a contrario*, d'exceptions personnelles au débiteur et qui ne profitent pas à la caution, dont la suspension des poursuites individuelles. Cette analyse peut être confortée par le caractère dérogatoire du droit des procédures collectives au droit commun des contrats. Seulement, la décision de suspension des poursuites individuelles peut affecter l'étendue de l'engagement de la caution.

---

<sup>234</sup> L'article 18, al. 3, de l'AUPC prévoit que les cautions et coobligés ne peuvent pas se prévaloir de la décision de suspension des poursuites individuelles.

**142.** A ce titre, l'interdiction faite à la caution de se prévaloir de la suspension des poursuites individuelles dans la procédure préventive imposée par le législateur aux créanciers est une particularité du droit uniforme. En effet, jusqu'à une époque récente, la question du sort de la caution pouvait être résolue, pour l'essentiel, par référence au principe du droit commun du cautionnement dans la mesure où le cadre originel de la loi française de 1984 faisait prédominer le caractère conventionnel du règlement amiable. La force obligatoire de ses dispositions élaborées dans la concertation impliquant l'adhésion des créanciers principaux, il était enseigné, dans la droite ligne de la théorie de l'accessoire et des solutions autrefois appliquées aux concordats amiables, que les sacrifices consentis au débiteur, à ce stade de développement précoce des difficultés, profitaient à la caution.

**143. L'évolution du dispositif légal défavorable à la caution.** Seulement, depuis, la matière a évolué. Le peu de succès du dispositif initialement conçu par la loi française du 1<sup>er</sup> mars 1984 a rendu sa réforme indispensable ; celle-ci a été opérée par la loi du 10 janvier 1994 qui renforce, assez substantiellement le rôle du président du tribunal compétent, désormais habilité à suspendre provisoirement les actions individuelles et à homologuer l'accord conclu<sup>235</sup>.

**144. Des accords soustraits de la seule volonté des parties ?** En plus des parties à l'accord, le juge est autorisé à intervenir par la décision de suspension des actions individuelles dirigées contre le débiteur seulement. La judiciarisation du règlement amiable avait été regardée comme l'un des traits les plus caractéristiques de ladite réforme<sup>236</sup>, qui espérait en faire une voie privilégiée de redressement des entreprises. Cette trajectoire législative française a, sans doute, influencé le législateur des Actes uniformes, à telle enseigne qu'il a, non seulement, prévu une procédure originale, le concordat préventif, dont la nature juridique n'est pas éclaircie à tous les points de vue, mais surtout a pris une position absolument tranchée relativement à la situation juridique des cautions sans aucune distinction entre cautions intéressées ou non, caution personne physique ou caution personne morale.

**145. Impossibilité pour toute caution de se prévaloir de l'interdiction des poursuites.** Que la caution ne puisse pas invoquer le moyen de suspension des poursuites conçu pour convaincre les créanciers récalcitrants et échapper, sur ce fondement, au paiement de la dette garantie parvenue à l'échéance n'était guère discuté lorsque le risque était de voir les dirigeants cautions ou leur

---

<sup>235</sup> La loi française du 26 juillet 2005 a supprimé la suspension des poursuites individuelles dans la phase préventive de traitement des difficultés du débiteur.

<sup>236</sup> J. BUSSY, *Droit des affaires*, 2<sup>e</sup> éd., préf. Y. CHAPUT, Presses de Sc. Po. et Dalloz, 2004, 574. Cet auteur considère le règlement amiable homologué comme une des manifestations de sa judiciarisation.

famille rechercher dans la procédure judiciaire l'abri qu'ils ne pouvaient trouver dans le règlement amiable<sup>237</sup>. Mais le sort de la caution n'est pas de surcroît meilleur dans la procédure de redressement de l'entreprise, en droit uniforme tant l'interdiction s'impose à la caution d'une façon impérative, l'empêchant, en retour, d'agir contre le débiteur après avoir payé le créancier.

**146. L'impossibilité pour la caution d'agir contre le débiteur sous protection judiciaire.** La suspension des poursuites individuelles a pour corollaire l'interdiction faite au débiteur de payer les créances nées antérieurement au jugement et d'accomplir certains actes de gestion. L'article 11 AUPC, en posant la règle d'interdiction de paiement des dettes antérieures, ajoute malheureusement que seules sont concernées les créances visées par la décision. La notion de créance n'étant pas précisée, plusieurs interprétations peuvent se revendiquer le débat et il pourra être soutenu que sont visées, toutes les créances, y compris celles ne portant pas sur une somme d'argent. Mais en se fondant sur le caractère dérogatoire au droit commun de cette disposition, l'option d'une interprétation restrictive reste souhaitable pour la limiter à la créance de somme d'argent. Ainsi, seules des créances désignées par le débiteur principal et donc soumises à la suspension des actions seront valablement frappées d'interdiction de paiement. Or, l'article 11 *in fine* interdit expressément au débiteur de désintéresser les cautions ayant acquitté des créances antérieures. A s'en tenir à la lettre de ce texte, cette interdiction est absolue même si le président du tribunal compétent peut y déroger par décision dûment motivée. Cet argument textuel conforte l'analyse de l'éviction impérative des mesures de protection de la caution.

**147. La portée générale de l'interdiction.** Mêlant aux éléments de suspension momentanée des poursuites ceux d'une immobilisation du patrimoine du débiteur, l'interdiction faite au débiteur de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement à la décision du juge, est de portée générale. En réalité, le terme de « désintéressement » semble viser aussi bien le paiement de la caution subrogée dans les droits du créancier que le paiement de sa propre créance de restitution contre le débiteur, quand bien même son origine serait postérieure à l'ordonnance de suspension des poursuites individuelles. Cependant, il faut nuancer cette affirmation, car le critère d'antériorité de la dette est fondamental. Dans ce sens, la cour d'appel d'Abidjan, dans un arrêt du 22 juillet 2003, rappelle que l'ordonnance de règlement préventif n'entraînant pas systématiquement la suspension de l'exécution de toutes les créances, seules

---

<sup>237</sup> Art. 55 de la loi du 25 janvier 1985.

sont concernées celles qui sont antérieures à la décision de suspension des poursuites et qui ont été visées dans la requête du débiteur<sup>238</sup>.

**148. L'effectivité de l'éviction du caractère accessoire du cautionnement.** Le droit du cautionnement se trouve effectivement affecté par la décision d'interdiction des paiements, car l'espoir d'une caution ayant payé la dette cautionnée devenue exigible est de pouvoir exercer son recours contre le débiteur principal en vue d'obtenir paiement de sa créance. En effet, l'une des caractéristiques essentielles reconnues aux sûretés personnelles réside dans le fait que le garant ne contribue pas à la dette : s'engageant seulement pour garantir la dette d'autrui, il doit avoir un recours contre le débiteur principal et c'est uniquement dans la perspective de ce recours qu'il accepte de s'engager<sup>239</sup>. Ce qui est vrai pour toutes les sûretés personnelles, l'est, *a fortiori*, encore plus pour le cautionnement qui en constitue l'archétype, « *la plus accessoire de toutes sûretés* »<sup>240</sup> et, de ce fait, il faut bien tenir compte de l'incidence de la procédure collective dans les hypothèses où, si on ne le faisait pas, cela aurait pour conséquence de priver le garant du ou des recours qu'il pouvait légitimement penser pouvoir exercer. Or, dans ce cas de figure, toutes les actions sont interdites, y compris celles des cautions, avant ou après paiement, dès lors que la dette cautionnée a été désignée par le débiteur. A cet égard, cette interdiction par une loi d'ordre public démontre que la caution sera tenue plus sévèrement que le débiteur principal.

**149. L'impérativité de l'interdiction.** De prime abord, le caractère impératif et réel de l'éviction découlant de la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur et l'idée que la dette de la caution est substantiellement affectée par cette mesure n'apparaît pas en raison des doutes pouvant surgir sur l'effectivité de l'entorse faite à la règle de l'accessoire. Relativement à certains auteurs qui adoptent une conception dichotomique de son domaine, l'opposition d'un *debitum*, commun à la caution et au débiteur, et d'un rapport d'*obligatio*, propre à l'un et à l'autre, offre un moyen commode de récupérer l'anomalie et de considérer qu'en théorie, au moins, l'entorse faite à la règle de l'accessoire n'a rien d'inéluctable<sup>241</sup>.

**150. L'apport théorique.** La doctrine est partagée relativement à l'incidence de la décision de suspension des poursuites individuelles sur le caractère accessoire de la dette de la caution. Pour M. Jacob, s'il est vrai que la caution et le débiteur doivent en principe payer une seule chose,

---

<sup>238</sup> Abidjan, 22 juill. 2003, arrêt n° 1030, K. B c/ La Société Equip-Agro CI, *Le juris OHADA*, n° 1/2005, janv.-mars 2005, p. 35.

<sup>239</sup> P. CROCQ, art. préc., p. 175.

<sup>240</sup> C. GINESTET, « La qualification des sûretés », *Defrénois*, 1999, n° 4, article 36940, 205.

<sup>241</sup> Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés et la publicité foncière*, par L. AYNES et P. CROCQ, *Defrénois*, 2004, n° 121 et 140.

notamment, une somme d'argent, lorsque la caution est appelée à exécuter son obligation de règlement, elle puise en fait la somme qu'elle verse sur ses deniers propres. Le débiteur, alors en difficulté ou défaillant, n'est d'ailleurs pas censé disposer lui-même de la somme nécessaire pour ce que paie la caution<sup>242</sup>.

**151.** D'une façon plus abstraite et théorique, reste l'analyse d'unicité de la dette reposant sur la conception dualiste de la notion d'obligation. A suivre cette conception, d'inspiration romaine, il existe deux composantes dans l'obligation : le *schuld* et le *haftung*<sup>243</sup>. La première renvoie à la notion de dette tandis que la seconde se traduit par l'idée d'engagement ou de responsabilité, au sens d'obligation de répondre de quelque chose. Par l'expression *Schuld*, la doctrine dualiste de l'obligation désigne le devoir qui incombe à la personne de l'obligé d'accomplir une prestation au profit d'une autre ou le rapport de créance et de dette lui-même. Comparato<sup>244</sup>, dans sa thèse, a relevé que le concept de *schuld* est éminemment subjectif. Saisi au stade de devoir qui pèse sur l'obligé, l'engagement de la caution a pour corollaire un droit substantiel du créancier de l'obligation ou le droit de recevoir une certaine prestation. En interdisant à la caution le bénéfice de la suspension des actions individuelles accordée au débiteur principal, l'Acte uniforme s'inscrit dans cette conception dualiste de l'obligation, en détachant le sort de l'engagement de la caution de celui de l'obligation du débiteur principal. Or, l'obligation de la caution n'est pas dotée d'un *schuld* qui lui est propre. Il s'agit d'un *schuld* d'« emprunt »<sup>245</sup>, d'un engagement pour la dette d'autrui, un emprunt de *schuld* à l'obligation principale, donc une unicité de dette<sup>246</sup>.

**152.** En réalité, la reconnaissance d'une véritable remise en cause de la conception classique du cautionnement, de solides arguments au sein de la doctrine moderne. A la suite des professeurs Crocq<sup>247</sup> et Legeais<sup>248</sup>, qui affirment que le principe du caractère accessoire est affecté, comme le droit des sûretés, par l'influence sans cesse croissante du droit des procédures collectives, M. Grimaud, dans sa thèse, a reconnu que la théorie de l'accessoire est tenue en échec par le droit

---

<sup>242</sup> F. JACOB, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, thèse préc., n° 58, p. 44.

<sup>243</sup> G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, tome 1, Les sources, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1988, n° 2, qui renvoient en premier lieu, l'usage à l'auteur allemand BRINZ, in *Der Begriff Obligatio*.

<sup>244</sup> F. K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation*, thèse Paris, Dalloz, 1963, n° 178.

<sup>245</sup> F. JACOB, thèse préc., n° 64, p. 49.

<sup>246</sup> Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, n° 127 ; L. AYNES, *Le cautionnement*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1997, p. 3.

<sup>247</sup> P. CROCQ, art. préc., 171.

<sup>248</sup> D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd. 2004, n° 248.

des entreprises en difficulté<sup>249</sup>. Il résulte de tout ce qui précède que l'application du droit des procédures collectives au cautionnement aboutit au constat selon lequel la norme de l'accessoire est altérée ou « *même totalement négligée* »<sup>250</sup> ; or, « *les justifications qui sont usuellement données aux différentes solutions légales et jurisprudentielles sont souvent peu satisfaisantes* »<sup>251</sup>, d'autant plus qu'elles sont artificielles et parfois inexacts. On a souvent soutenu qu'il s'agit d'une exception personnelle au débiteur. La qualification d'exception purement personnelle au débiteur principal que serait la suspension des poursuites individuelles constitue moins une véritable justification qu'une tentative d'explication de solutions qui ont été adoptées pour d'autres raisons, notamment, le paiement immédiat du créancier bénéficiaire du cautionnement.

**153. L'apport pratique.** Sur un plan pratique, il existe une grande part d'artifice à dissocier, d'un côté, les modifications de l'étendue et des conditions d'exécution de la dette cautionnée qui s'inscriront dans le concordat préventif, et, d'un autre côté, le calcul du temps et des mesures nécessaires à leur préparation. Tout compte fait, la règle de la suspension des poursuites individuelles imposée par le législateur n'est qu'une mesure d'attente de la modification de la dette consentie dans le cadre du concordat préventif. L'incertitude de celui-ci, inhérente à l'adhésion qu'il doit recueillir de la part des créanciers, ne saurait conduire à faire abstraction de cette relation<sup>252</sup>.

**154.** La prise en compte de la nature exacte de la mesure en cause et les termes dans lesquels elle modifie le rapport d'obligation que garantit la caution n'est pas anodine. La question essentielle consiste à savoir si la suspension judiciaire des actions individuelles atteint seulement le caractère exécutoire de la dette principale ou si elle remet aussi en cause son exigibilité. S'agit-il d'un délai de grâce ou d'un report judiciaire du terme suspensif initial ? La solution dépendant des prérogatives dont peut se prévaloir le créancier à qui la suspension des poursuites est imposée, il y a au moins deux raisons de songer qu'au-delà du seul droit de poursuivre le débiteur, c'est l'exigibilité qui se trouve affectée. Le premier est offert par le domaine de la suspension des poursuites tel que décrit plus haut. Ce domaine ne couvre pas seulement les actions en paiement, par conséquent, les voies d'exécution, mais également les actions

---

<sup>249</sup> Il fait observer qu'à condition que la dette garantie soit exigible, la suspension des poursuites individuelles, parce qu'elle ne fait pas obstacle à l'exercice immédiat d'un recours contre la caution, l'astreint à des conditions plus sévères que le débiteur principal, *op. cit.*, n° 268, p. 285.

<sup>250</sup> V. le tableau dressé par Y. PICOD, in *Sûretés. Publicité foncière*, 7<sup>e</sup> éd., t. 3, vol. 1<sup>er</sup>, des *Leçons de droit civil* de H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, Montchrestien, 1999, 2<sup>e</sup> leçon, 41 et s.

<sup>251</sup> P. CROCQ, art. préc., 171.

<sup>252</sup> En rapprochement avec le sort de la caution dans le règlement amiable sous l'article 36 de la loi française du 1<sup>er</sup> mars 1984, voir, L. AYNES, obs. sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 1996, *D.* 1996, somm. com., p. 267.

connexes<sup>253</sup>. Quant à la possibilité de solliciter des mesures conservatoires, elle n'est pas permise<sup>254</sup>. Le second argument est que la compensation avec une créance exigible paraît écartée par l'article 11 AUPC, texte qui interdit au débiteur, le paiement des créanciers antérieurs.

**155.** Ces deux arguments, en contribuant à rapprocher la suspension provisoire des poursuites d'une absence momentanée d'exigibilité de la dette garantie, portent encore à admettre le caractère exprès de l'interdiction qui affecte l'engagement de la caution, alors tenue plus sévèrement que le débiteur principal dans le règlement préventif. Mais l'analyse des garanties d'exécution du concordat préventif, imposées au débiteur principal, met encore plus en évidence le rejet de la norme de « *l'accessoire absolu* »<sup>255</sup> attachée au cautionnement.

## **Paragraphe 2 - Les garanties imposant des engagements au débiteur principal**

**156. La prise de garanties : contrepartie des sacrifices consentis par les créanciers.** Eviter un traitement judiciaire plus contraignant pour le débiteur et ses partenaires pour redresser plus vite une situation financière et économique difficile mais non totalement obérée constitue le fil rouge du règlement préventif. Pour y parvenir, l'Acte uniforme offre la possibilité de fournir une caution, mais, à s'en tenir aux nombreuses obligations de ne pas faire imposées au débiteur, l'existence de sûretés négatives n'est pas exclue. Le débiteur prend donc des engagements divers par la fourniture de garanties en contrepartie des sacrifices consentis par les créanciers pour assurer l'exécution des mesures concordataires (A) qui influencent le rapport d'obligation cautionné (B).

### **A- La fourniture de garanties par le débiteur pour assurer l'exécution du concordat préventif**

**157. La constitution de cautions.** Avant la mise en place du droit uniforme, le droit applicable dans la plupart des Etats parties au Traité de l'OHADA interdisait au débiteur de constituer des sûretés. En effet, en droit français, l'article 351-6 du code rural interdisait aux créanciers signataires du plan amiable de constituer des sûretés pour garantir le paiement des créances,

---

<sup>253</sup> Aux termes de la jurisprudence, des créances sont connexes lorsqu'elles prennent leur source soit dans un seul et même acte juridique créant des obligations à la fois pour le débiteur et pour le créancier, soit dans un accord-cadre régissant l'ensemble des rapports des parties, ou lorsqu'elles naissent d'une opération économique globale donnant lieu à une série de contrats dépendant d'un même cadre contractuel. Dans ce sens, Com., 2 déc. 1997, *JCP E* 1998, 178, note Th. BONNEAU ; D. 1998, 192, note D.-R. MARTIN.

<sup>254</sup> Article 9 al. 2, de l'AUPC.

<sup>255</sup> Expression utilisée par C. GINESTET, art. préc., 205.

objet de l'accord<sup>256</sup>. C'est alors que la question a été soulevée par rapport à la possibilité de constitution d'un cautionnement lors de l'élaboration mais aussi pendant l'exécution du plan. Deux observations se dégagent de cette situation.

**158.** D'abord, la préparation des mesures consenties dans la procédure préventive des difficultés reposant, dans une certaine mesure sur la prise de garanties d'exécution des engagements en contrepartie des sacrifices acceptés par les créanciers, rien ne s'opposait à la fourniture de cautions destinées à garantir les créances, objet de l'accord et ce, au stade de l'élaboration du plan amiable. Les dispositions qui interdisaient la prise de sûretés n'ayant vocation à s'appliquer que lors de l'exécution du plan, autrement dit, à compter de sa signature par les partenaires économiques et financiers (les créanciers), la suspension des poursuites éventuellement prononcée par le juge ne modifie pas cette possibilité, dans la mesure où, l'ordonnance ne pouvait interdire que la constitution d'une hypothèque ou d'un nantissement. La constitution d'un cautionnement avant la signature du plan restait valable et n'était pas passible des nullités de la période suspecte de l'article 107-6° de la loi du 25 janvier 1985, car cette disposition ne visait que les sûretés réelles.

**159.** Ensuite, s'agissant de la constitution d'un cautionnement pendant l'exécution du plan, la formule usitée par le législateur français relativement à l'interdiction de constitution de sûretés était générale, sans distinction entre sûretés réelles et sûretés personnelles. Dans un sens large, le cautionnement serait visé par la loi parce que la constitution du cautionnement n'accorde aucun privilège sur le patrimoine du débiteur et ne porte donc aucune atteinte au sauvetage de l'entreprise, il était, en conséquence, possible d'envisager d'exclure les sûretés personnelles de cette interdiction<sup>257</sup>.

**160. La solution du droit uniforme.** Face à l'imprécision de la notion de prise de garanties, le législateur du droit uniforme, s'inspirant du passé, a réglé cette question de manière formelle, en autorisant, à l'article 7 AUPC, la possibilité de fournir une caution pour garantir les mesures et engagements pris par le débiteur pour l'exécution du concordat préventif. Le caractère général du cautionnement justifie cette permission légale. L'article 7 AUPC précise que le débiteur doit déposer un concordat préventif précisant les mesures et conditions envisagées pour le

---

<sup>256</sup> Article 27 de la loi du 30 décembre 1988 : la loi française du 10 juin 1994 a supprimé cette interdiction dans le cadre du règlement amiable des entreprises non agricoles. Les dispositions de la loi française relative aux particuliers surendettés n'ont pas repris cette règle. L'interdiction de constitution de sûretés ou de garanties n'était applicable que sur décision du juge saisi par la commission de surendettement lors de l'élaboration du plan.

<sup>257</sup> E. BROCARD, thèse préc., n° 331 et s., p. 168.

redressement de l'entreprise, notamment, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution. Ces engagements et garanties peuvent consister, notamment, en l'ouverture de crédits par les établissements bancaires ou financiers et en la fourniture de cautions<sup>258</sup>. La fourniture de cautions ne peut se faire que dans les conditions de fond et de forme de validité requises par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Il s'agit, entre autres, de l'exigence de la mention manuscrite et surtout du respect du principe de proportionnalité et de la solvabilité de la caution. Cette fourniture de caution pose encore les exigences de la règle de l'accessoire. Il en résulte l'existence d'une dette principale à garantir, suivant l'article 7 AUS selon lequel l'engagement de la caution ne peut exister que si l'obligation principale est valablement constituée, ou, suivant l'article 15 AUS pour qui la caution est tenue de la même façon que le débiteur principal ou, encore, la caution peut soulever toutes les exceptions inhérentes à la dette et qui appartiennent au débiteur principal.

**161. La possibilité des sûretés négatives.** L'Acte uniforme interdit, par ailleurs, au débiteur l'accomplissement de certains actes. Aux termes de l'article 11 AUPC, sauf autorisation motivée du Président de la juridiction compétente, la décision de règlement préventif interdit au débiteur, sous peine d'inopposabilité de droit de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles et visées par celle-ci, de faire aucun acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise, ni consentir aucune sûreté. Il est également interdit au débiteur de désintéresser les cautions qui ont acquitté des créances nées antérieurement à la décision prévue à l'article 8 AUPC, c'est-à-dire, la décision de suspension des poursuites individuelles.

**162.** En conséquence, les parties au concordat préventif peuvent s'accorder sur l'abstention du débiteur à la réalisation de certains actes ; il n'est pas anodin d'incorporer, dans les mesures concordataires, les sûretés négatives dont le non-respect peut emporter la résolution de l'accord. Le terme de « sûretés négatives », assimilé à celui utilisé par le législateur français dans l'ancien article 37 de la loi de 1984, désormais supprimé, ou à celui de l'article 351-6 du code rural<sup>259</sup>, répond à l'objectif envisagé par le législateur OHADA, consistant à éviter l'affaiblissement du patrimoine du débiteur principal et à faciliter les garanties pour les créanciers ultérieurs.

---

<sup>258</sup> L'ouverture de crédit est une autorisation de découvert accordée par le banquier à son client, lui permettant d'effectuer ses paiements alors que son compte n'est pas suffisamment créditeur.

<sup>259</sup> E. BROCARD, « La loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises. Brèves observations sur la situation de la caution », *Act. Lég. D.* 1994, p. 169 et s.

**163.** La nature contractuelle du concordat offre l'occasion aux créanciers d'inclure des clauses comportant des obligations de ne pas faire, aux variantes diverses, notamment, l'interdiction de souscrire de nouveaux emprunts ou le renoncement à se porter caution au profit des tiers. Pour s'en convaincre, certains créanciers ont la possibilité de faire assortir ces engagements d'un cautionnement. Ces diverses clauses<sup>260</sup>, constitutives de sûretés négatives, emportent la force obligatoire et ont une incidence sur le cautionnement<sup>261</sup>, selon M. Brocard, qui affirme, d'ailleurs, avec raison, que les sûretés négatives permettent aux créanciers d'aménager les garanties maximales nécessaires à une bonne et complète exécution de l'accord<sup>262</sup>. La doctrine majoritaire africaine en matière de sûretés, représentée par MM. Anoukaha et autres, précise utilement que le cautionnement peut couvrir toutes sortes d'obligations. Il peut s'agir d'une obligation pécuniaire, une somme d'argent, « *mais la loi n'interdit aucunement que l'on puisse garantir une obligation de faire ou de ne pas faire ou encore une obligation de donner* »<sup>263</sup>. Dans l'hypothèse où le débiteur ne respecte pas ses obligations de ne pas faire, les pactes conclus peuvent prévoir une sanction, notamment, la résolution de l'accord ou simplement, l'exception d'inexécution. L'Acte uniforme prévoit, d'ailleurs, à juste titre, la sanction puisque l'article 139 AUPC dispose que « *la résolution du concordat peut être prononcée, en cas d'inexécution, par le débiteur, de ses engagements concordataires* », ce qui n'est pas sans conséquence pour la caution.

## **B - L'incidence des engagements pris par le débiteur sur le cautionnement**

**164. L'héritage des droits et actions du débiteur par la caution.** Les engagements souscrits par le débiteur principal pour garantir l'exécution du concordat préventif ont, par voie accessoire, des répercussions sur le rapport d'obligation cautionné. En réalité, la caution est un débiteur accessoire qui ne contribue pas définitivement à la dette. Pour cette raison, la loi lui accorde des recours avant et après paiement, ainsi qu'un recours subrogatoire<sup>264</sup>, acquis de plein droit, dans l'intégralité des droits du créancier. Par cette technique du recours subrogatoire, les engagements exigés par les créanciers auront des incidences sur le cautionnement. En principe, la caution recueillera par subrogation les droits que le créancier avait contre le débiteur dans l'espoir de pouvoir agir contre ce dernier à ce titre. Le mécanisme de la subrogation autorise la caution à

<sup>260</sup> Le contenu de ces clauses est limité par l'article 6 du Code civil.

<sup>261</sup> A. COURET, J. DEVEZE et G. HIRIGOYEN, « Les garanties du crédit », *Lamy droit du financement*, 1994, n° 4232.

<sup>262</sup> E. BROCARD, thèse préc., n° 352, p. 178.

<sup>263</sup> F. ANOUKAHA, A. CISSE-NIANG, M. FOLI, J. ISSA-SAYEGH, I. Y. NDIAYE et M. SAMB, *OHADA. Sûretés*, préc., n° 56, p. 25.

<sup>264</sup> J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, LGDJ, 1979.

récupérer, en plus d'un droit de créance à l'encontre du débiteur, l'ensemble des garanties de paiement de cette créance. Il s'ensuit que la caution hérite de l'ensemble des sûretés négatives que le créancier a pu obtenir du débiteur lors de l'offre du concordat préventif.

**165. Un héritage empoisonné !** Malheureusement, de la même façon que la caution ne peut intenter son recours subrogatoire, car toutes les actions individuelles sont suspendues, de la même façon, la caution n'aura aucune possibilité de demander au débiteur de respecter les engagements souscrits et cautionnés. Lorsque les engagements ont prévu une clause d'inexécution, la caution sera tentée d'agir sur le fondement d'une action en résolution afin de limiter le déperissement du patrimoine du débiteur qui ne lui permettrait plus d'obtenir remboursement des sommes qu'elle a payées au créancier. Cette action était possible, en droit français, conformément au décret d'application de la loi du 10 juin 1994 qui a apporté des précisions à cette loi<sup>265</sup> en accordant aux créanciers à qui l'on a imposé des délais de paiement le droit d'agir en résolution des accords lorsque les engagements qui en résultent ne sont pas exécutés. Cette solution était possible pour les cautions qui n'ont pas pris part à l'accord amiable et à qui le débiteur impose des délais en vertu de l'article 36 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984. Seulement, la mise en oeuvre des procédures d'exécution n'est pas autorisée en raison de la décision de suspension des poursuites individuelles et des voies d'exécution. Déjà, dans la loi française du 1<sup>er</sup> mars 1984, le non respect des engagements financiers du débiteur peut déclencher, automatiquement, à son encontre, une procédure de redressement judiciaire. Or, cette procédure aussi suspend les poursuites individuelles et interdit en plus le désintéressement des créanciers antérieurs désignés par le débiteur principal. Dans toutes ces hypothèses, la caution sera obligée de payer mais elle sera privée de toute initiative de droit pour obtenir paiement dès lors que sa créance est née antérieurement au jugement ou lorsque le débiteur aura désigné cette créance pour faire l'objet de la suspension des poursuites individuelles.

**166. Conclusion de la section 1-** De tout ce qui précède, il découle que la mise en oeuvre des mesures concordataires est très favorable au créancier bénéficiaire du cautionnement. C'est une solution d'efficacité sans précédent de la garantie. Seulement, la vocation de l'obligation de la caution à suivre le sort de la dette principale est écartée par le législateur. A cet égard, la caution sera tenue plus sévèrement que le débiteur principal au stade de la mise en oeuvre des mesures concordataires. L'ambition du droit uniforme de protéger la caution contre le risque inhérent au crédit couvert semble être remise en cause dans la phase de prévention des difficultés du débiteur

---

<sup>265</sup> Article 11 du décret n° 94-910 du 21 octobre 1994.

principal. Il s'ensuit que la norme de l'accessoire a montré ses limites et ne peut pas être une source de protection pour la caution dans le cadre des procédures collectives. Cette sévérité dans le traitement de la caution prend encore plus de l'ampleur lorsque les engagements pris par le débiteur principal lors de la conclusion du concordat préventif n'ont pas connu de succès.

## **Section 2 - L'éviction de l'engagement de la caution découlant de l'inexécution des mesures concordataires**

**167. L'inexécution du concordat préventif et le maintien du cautionnement.** Communes au règlement préventif et à la procédure du redressement judiciaire<sup>266</sup>, les sanctions prévues par le législateur, en cas d'inexécution des engagements concordataires positifs ou négatifs, ne sont pas exorbitantes de droit commun mais plutôt reposent sur le droit des contrats. Ainsi, l'inexécution des mesures consenties au débiteur en difficulté offre l'opportunité d'application de la résolution judiciaire ou l'annulation du concordat ou, encore, la possibilité pour les parties de se prononcer sur les clauses résolutoires. La situation de la caution n'est pas indifférente à ces diverses sanctions.

**168.** A la différence de l'annulation du concordat, sur le fondement du dol, qui libère, de plein droit, les cautions garantissant le concordat, sauf si celles-ci avaient connaissance du dol lors de leurs engagements<sup>267</sup>, la résolution judiciaire, sanction de droit commun (Paragraphe 1), rejait expressément sur la condition juridique de la caution, tout comme la sanction particulière prévue par le droit des procédures collectives, en l'occurrence, la conversion du règlement préventif en redressement judiciaire du débiteur principal (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 - Une éviction découlant de la sanction de droit commun**

**169. La résolution du concordat inexécuté : distinction du sort du débiteur de celui de la caution.** La remise en cause du caractère accessoire du cautionnement peut s'observer au niveau de la sanction de droit commun que constitue la résolution judiciaire. En réalité, toute obligation de faire ou de ne pas faire produit des effets juridiques, en dehors des dommages et intérêts. A cet effet, l'inexécution des mesures consenties au débiteur en difficulté offre la possibilité au

---

<sup>266</sup> La sous-section 4 du chapitre V du titre II de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif est intitulé : « Résolution et annulation du concordat préventif ou du redressement ».

<sup>267</sup> Article 140 AUPC « *Le concordat est annulé en cas de dol résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif si le dol a été découvert après l'homologation du concordat préventif ou du concordat de redressement* ».

juge de résoudre le concordat cautionné. La situation de la caution n'est pas indifférente à cette sanction. L'analyse de la résolution judiciaire (A) permettra de mieux apprécier ses effets sur le régime du cautionnement (B).

## **A- La résolution judiciaire du concordat préventif**

**170. L'inexécution des mesures concordataires.** La contrepartie directe des remises de dettes et de délais de paiement accordés au débiteur principal réside dans l'obligation pour ce dernier de redresser sa situation. A ce titre, le débiteur s'engage à réaliser des actes positifs, notamment la souscription d'une augmentation de capital, à obtenir l'ouverture de crédits par les établissements bancaires ou financiers, la poursuite de l'exécution des contrats conclus antérieurement à la requête. Il s'engage également à respecter les obligations imposées par la loi qu'on peut qualifier d'actes négatifs, à savoir, l'interdiction de faire des actes de disposition étrangers à l'exploitation normale de l'entreprise, ou de consentir une sûreté, de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles et visées par celle-ci<sup>268</sup>. Le manquement à ces engagements traduit l'existence d'un comportement grave.

**171. L'existence d'un comportement grave, une condition incontournable.** Le débiteur pourrait favoriser certaines créances en ne les mentionnant pas intentionnellement dans sa requête puisqu'alors elles échappent à la suspension des poursuites individuelles. Il s'agit de l'hypothèse d'une créance importante cautionnée par le dirigeant social. Cette intention délibérée, ajoutée à l'inexécution des divers engagements peuvent s'analyser en une faute grave. Or, l'inexécution des obligations envers les créanciers expose le débiteur à la résolution judiciaire du concordat régulièrement formé. Le droit uniforme ne prévoit pas une solution d'application du principe général de la résolution judiciaire autre que celle tirée de l'article 1184 du Code civil<sup>269</sup>. Le principe de la résolution judiciaire est posé, de façon générale, par l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1184 du Code civil en ces termes : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les obligations synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties se satisferait point à son engagement* ».

---

<sup>268</sup> Articles 139 et 143 AUPC.

<sup>269</sup> Dans ce sens, PICARD et PRUD'HOMME, « La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations », *RTD civ.*, 1912, p. 61.

**172. La genèse de la règle.** Ignorée du droit romain<sup>270</sup>, la résolution est réservée aux contrats synallagmatiques et a son origine dans le droit canonique. Partant de la règle selon laquelle, à celui qui rompt la foi, la foi n'est pas rendue (*Frangenti fidem non est fides servanda*)<sup>271</sup>, le droit canonique a conclu que le contractant qui ne pouvait obtenir l'exécution de la prestation de son adversaire, avait le droit, non seulement de ne pas exécuter la sienne sur le fondement de la règle *exceptio non adimpliti contractus* mais aussi de demander la résolution du contrat. Seulement, pour obtenir la résolution, le contractant devait s'adresser à la justice, car seul le tribunal pouvait le délier de sa propre obligation.

**173. L'appréciation de l'inexécution du concordat par le juge.** Indépendamment de sa cause, conformément au droit des contrats, la résolution du concordat peut être prononcée par le juge<sup>272</sup>. M. Sawadogo fait observer que la résolution a trait à l'inexécution grave par le débiteur de ses engagements concordataires comme le non-paiement de ses dettes dans les délais stipulés<sup>273</sup>, l'interdiction d'exercer une activité commerciale frappant le débiteur ; dans le cas d'un concordat accordé à une personne morale, ses dirigeants frappées de faillite personnelle, assument à nouveau, en droit et en fait, la direction de cette personne morale. Bien que l'article 1184 du Code civil exige la simple inexécution de son obligation par le débiteur, le juge ne prononce la résolution que lorsque le manquement est grave. Ainsi en est-il lorsque le débiteur fait preuve d'une carence caractérisée dans l'exécution de son obligation, la gravité étant alors appréciée subjectivement au regard de l'importance de l'inexécution. Mais la jurisprudence française semble également déduire la gravité du comportement de la nature de l'obligation inexécutée. Ainsi, dans un arrêt du 2 juillet 1996<sup>274</sup>, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a affirmé que « la résolution peut être prononcée par le juge en cas d'inexécution partielle, dès lors qu'elle porte sur une obligation déterminante de la conclusion du contrat ». La jurisprudence française est indifférente à l'origine de l'inexécution du contrat<sup>275</sup>, mais l'appréciation de la gravité de l'inexécution est laissée à l'appréciation des juges du fond.

**174.** Ainsi si le concordat ne paraît plus susceptible d'exécution du fait du manquement de l'une des parties, le juge prononcera sa résolution. En réalité, non seulement le juge prononcera la résolution mais en plus il prononcera le redressement judiciaire ou la liquidation des biens si le

<sup>270</sup> G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse Toulouse, 1924.

<sup>271</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 1999, n° 146.

<sup>272</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2005, n° 643 et s., p. 632 ; Com. 2 juill. 1996, *Defrénois*, 1364, obs. D. MAZEAUD.

<sup>273</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 84, p. 73.

<sup>274</sup> Cass. com., 2 juillet 1996, préc.

<sup>275</sup> Depuis un arrêt du 14 avril 1891, la cour de cassation admet la résolution du contrat, même lorsque l'inexécution de ses obligations par le débiteur résulte d'un cas de force majeure, *Grands arrêts*, vol. 2, n° 176.

débiteur est en état de cessation des paiements. A défaut, il l'écartera au profit d'autres solutions<sup>276</sup>. C'est d'ailleurs pour cette raison que le droit uniforme prévoit la possibilité pour le juge de prononcer la résolution ou d'accorder un délai supplémentaire de six mois au débiteur en cas d'inexécution de ses engagements concordataires ou des remises et délais consentis, après avoir recherché si les manquements sont suffisamment graves pour compromettre définitivement l'exécution du concordat<sup>277</sup>. Le juge a aussi la possibilité d'annuler l'accord si les circonstances ne lui permettent pas de prononcer la résolution du concordat. En vérité, la résolution et l'annulation produisent des effets quasi identiques, selon le professeur Sawadogo<sup>278</sup>. Mais le régime juridique du cautionnement n'est pas identique dans les deux cas. Aux termes de l'article 140 AUPC, le concordat est annulé en cas de dol résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif si le dol a été découvert après l'homologation du concordat préventif ou du concordat de redressement. L'alinéa 2 du même article précise que « *cette annulation libère, de plein droit, les cautions garantissant le concordat sauf si celles-ci avaient connaissance du dol lors de leurs engagements* ». Or, si l'annulation du concordat libère la caution, la résolution judiciaire ne la libère pas.

## **B - Les effets de la résolution judiciaire du concordat préventif sur le cautionnement**

**175. La rétroactivité des effets du concordat résolu.** L'inexécution de toute convention entraîne sa résolution qui produira des effets rétroactifs. A cet égard, le concordat résolu produit des effets rétroactifs, mais à l'égard du débiteur exclusivement, car les garanties accordées au créancier sont maintenues démontrant, par voie de conséquence, la rupture du lien qui sous-tend l'obligation principale et l'engagement accessoire. Evidemment, la liquidation rétroactive des actes juridiques heurte l'idéal contractuel car la survie de la convention est toujours un échec, une perte de temps, de substance et d'énergie, une perturbation apportée à la vie économique<sup>279</sup>. D'après M. Serinet<sup>280</sup>, le principe de la rétroactivité attaché à la résolution paraît solidement ancré dans les esprits, mais il se révèle d'une mise en œuvre concrète malaisée suscitant des interrogations distinctes parmi lesquelles celles liées à l'étendue de la résolution judiciaire du concordat préventif. En raison d'un vice qui affecte l'exécution des mesures concordataires, le

<sup>276</sup> S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*, n° 524, p. 244.

<sup>277</sup> Article 139, 1°, de l'AUPC.

<sup>278</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 84, p. 73.

<sup>279</sup> J. DEPRESZ, « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », *Travaux de l'Association H. CAPITANT*, t. XVII, 1964, Paris, Dalloz, 1968, p. 50.

<sup>280</sup> Y.-M. SERINET, « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*. Etudes de droit comparé, sous la direction de M. FONTAINE et G. VINEY, Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2001, p. 590 et s.

concordat est censé n'avoir jamais existé suite à la décision de sa résolution. A ce titre, les effets produits créent la distinction entre le sort de la dette cautionnée et celui de l'obligation de la caution.

**176. La rupture du lien accessoire dans la mise en œuvre de la résolution judiciaire.** Selon MM. Mazeaud et Chabas, « *la résolution (...) opère rétroactivement, remplaçant les contractants dans la situation dans laquelle ils se trouvaient avant le contrat. Les obligations non exécutées s'éteignent, celles dont l'exécution a été accomplie donnent lieu à répétition* »<sup>281</sup>. Ainsi, les mesures accordées au débiteur par les créanciers, dans le cadre des pactes amiables ou concordataires, seront rétroactivement anéanties et les créanciers retrouveront l'intégralité de leurs droits initiaux contre le débiteur principal<sup>282</sup>. A cet effet, les remises et délais octroyés dans les différents accords ne sont plus valables. Par conséquent, les créances redeviennent exigibles au terme initialement convenu et pour le montant convenu lors de la conclusion du concordat. L'ensemble des intérêts de retard échus depuis l'échéance originelle et les dommages et intérêts sanctionnant la responsabilité du débiteur s'ajoutent au montant initial, dans l'hypothèse où la défaillance du débiteur principal dans l'exécution du concordat n'entraîne pas automatiquement l'ouverture du redressement judiciaire.

**177.** Le contrat principal retrouvant son étendue et ses modalités initiales, par voie accessoire, le cautionnement de l'obligation antérieure au jugement de la suspension des poursuites individuelles ne pose pas de problème dès lors que les créanciers retrouvent leurs droits et actions contre le débiteur principal, au cas où la résolution n'aboutit pas à la conversion de la procédure préventive en redressement judiciaire. En effet, la résolution judiciaire laisse parfois subsister des obligations à la charge du débiteur, obligations que la caution devrait garantir. Il peut s'agir d'une obligation de restitution ou d'indemnisation envers le créancier. Si le débiteur principal reste tenu envers le créancier, la caution, doit, par voie accessoire, rester tenue. Mais la délicate question reste celle du sort du cautionnement des engagements concordataires.

**178. La caution sacrifiée dans le concordat résolu.** L'hypothèse la plus délicate est celle de la fourniture de cautions pour garantir l'exécution des mesures contenues dans le concordat. S'il ne fait aucun doute que l'obligation de la caution ne peut exister que sur une obligation principale valable, tout événement qui affecterait l'existence du contrat principal exerce, par voie

---

<sup>281</sup> H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1<sup>er</sup>, *Obligations, Théorie générale*, 9<sup>e</sup> éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1999, n° 1101.

<sup>282</sup> Article 142 AUPC.

accessoire, une influence sur le contrat de cautionnement. En conséquence, l'effet rétroactif de la résolution, en anéantissant le lien d'obligation de base, devrait priver l'engagement de la caution de tout support, devant entraîner sa caducité, sauf à considérer l'engagement de caution de manière indépendante. Seulement, l'article 139, 3, de l'AUPC règle cette question en optant pour le maintien de l'engagement de la caution, en ces termes : « *La résolution du concordat ne libère pas les cautions qui sont intervenues pour en garantir l'exécution totale ou partielle* ». Il résulte de cette prévision légale que la caution du concordat doit régler les échéances concordataires lorsque le débiteur n'exécutant plus ses engagements, le concordat est résolu pour inexécution. Cette prévision légale est une mesure raisonnable puisqu'elle permet de faciliter le paiement des créanciers qui ont accepté de consentir des sacrifices pour le sauvetage du débiteur. Cependant, elle a un inconvénient sur l'engagement de la caution : le caractère accessoire du cautionnement est encore tenu en échec, à ce stade, dans la mesure où, la caution sera tenue plus sévèrement que le débiteur principal, car, le débiteur principal bénéficie d'un droit de ne pas payer ses dettes, ou mieux, d'une immunité de non paiement à cette phase précise. Cette solution est une reprise intégrale de l'article 75 de la loi du 13 juillet 1967 appliquée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 16 novembre 1977<sup>283</sup>. M. Wahl avait fait remarquer, en son temps, que « *cette solution est contraire au droit commun ; on la fonde sur la crainte d'une collusion entre la caution et un créancier qui, au lieu de faire exécuter le concordat, en demanderait la résolution dans le but de faire libérer la caution. La raison paraît peu sérieuse* »<sup>284</sup>.

**179. Sacrifice reconnu par la doctrine.** La doctrine n'est pas restée indifférente à l'incidence que produit cette solution sur l'engagement de la caution. Dans sa thèse consacrée aux causes d'extinction du cautionnement, relativement à l'incidence effective de la résolution du concordat sur le cautionnement, Mouly<sup>285</sup> a reconnu que le statut de l'obligation principale rejaille sur le mécanisme même de sûreté de cautionnement. Il a affirmé, par ailleurs, qu'aucune explication sérieuse de cette règle d'interdiction faite à la caution n'a été proposée, sinon avec une touche de dépit<sup>286</sup>. Le rapport d'obligation de base et la règle de l'accessoire sont « *deux notions monolithiques qui impriment à l'ensemble de l'opération au sein de laquelle s'insère le cautionnement une empreinte telle que le droit commun du cautionnement en est affecté* ». Au bout du compte, « *la caution a été sacrifiée au profit de l'intérêt des transactions et du créancier*

<sup>283</sup> Paris, 16 novembre 1977, *JCP* éd. C.I., 1978, n° 6780, chron. 'Faillite', M. CABRILLAC et J. ARGENSON, n° 18.

<sup>284</sup> A. WAHL, *Précis de droit commercial*, 1920, n° 2865 cité par C. MOULY, thèse préc., note n° 1, p. 255.

<sup>285</sup> Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc., n° 213, p. 255.

<sup>286</sup> Ch. MOULY, thèse préc., note n° 1, p. 255.

*en particulier* » dans la résolution du concordat<sup>287</sup>. Cette solution se justifie pleinement puisque la caution s'est engagée à garantir le succès du concordat et qu'en conséquence sa libération ôterait toute cause à son engagement<sup>288</sup>. Parce que l'interdiction de libération de la caution est une disposition des procédures collectives, tout porte à croire que le créancier n'est pas obligé d'agir préalablement contre le débiteur principal avant de réclamer paiement à la caution. Par ailleurs, seules les parties sont remises en l'état antérieur à la décision ; si le tribunal constate la cessation des paiements, il doit, au regard des conditions d'ouverture de la procédure collective, de prononcer le redressement judiciaire ou la liquidation des biens selon que le débiteur présente ou non une proposition de concordat sérieux. L'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, suite à la résolution des mesures concordataires pour inexécution, autorise encore à affirmer que les créanciers disposent toujours de l'indépendance de poursuites contre la caution, sans que celle-ci ne puisse exercer son recours, étant entendu que les poursuites individuelles sont suspendues à ce moment, signe palpable que la caution est tenue plus sévèrement que le débiteur principal.

## **Paragraphe 2 - Une éviction résultant de la sanction particulière d'inexécution des engagements concordataires**

### **180. La conversion de la procédure consécutive à l'inexécution des engagements financiers.**

En dehors de la sanction de droit commun qui frappe l'inexécution des mesures concordataires, l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire peut être une sanction de l'échec de la procédure du règlement préventif. Cette procédure est ouverte, dès lors que les conditions de la reconversion de la procédure préventive en redressement du débiteur principal ont été constatées par le juge prononçant la résolution du concordat pour inexécution, notamment, les engagements financiers (A). Or, à ce stade, les interdictions faites à la caution de se prévaloir des mesures de faveur consenties au débiteur principal restent maintenues (B).

### **A- La conversion du règlement préventif en redressement judiciaire du débiteur**

**181. Une prévention inachevée.** Techniquement, on ne doit pas parler de conversion du règlement préventif en redressement judiciaire ; celle-ci n'étant pas prévue par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives. Or, la fin de la procédure préventive peut aboutir

---

<sup>287</sup> Ch. MOULY, thèse préc., n° 212, p. 254 et n° 213, p. 255 et s.

<sup>288</sup> J.-L. COURTIER, « Influence du droit des entreprises en difficulté sur celui du cautionnement », *Petites affiches*, 24 mai 1996, n° 63, p. 13.

à la reprise de la vie normale du débiteur principal ou conduire à une situation plus grave ou compromise. Aucun problème ne se posera lorsque le débiteur principal retrouve la vie normale de ses activités. Cependant, la difficulté réside dans la clôture de la procédure préventive : le droit uniforme n'a pas prévu une organisation particulière de la clôture de la procédure préventive. Dans une certaine mesure, comme l'affirme M. Sawadogo, « *on a l'impression que la procédure prend fin avec l'homologation* »<sup>289</sup>, de telle sorte, qu'en pratique, les débiteurs resteraient sans limitation de durée sous le coup de la procédure de règlement préventif, au détriment des partenaires économiques et financiers. Néanmoins, il faut admettre que la durée d'attente est celle du règlement des échéances concordataires : le concordat prend normalement fin avec le dernier règlement.

**182.** D'une manière générale, la prévention des difficultés est une procédure conçue pour contenir les difficultés ou les clignotants que les causes des difficultés révèlent, en apportant des solutions possibles avant la cessation des paiements, soit en dehors de toute intervention judiciaire, dans le droit antérieur, par le règlement amiable, soit en faisant appel à la justice par l'utilisation du règlement préventif, en droit positif. Du reste, l'échec de l'exécution des mesures concordataires obtenues par le débiteur peut entraîner la procédure de redressement judiciaire. M. Martin exprime mieux cette idée en ces termes : « *quels que soient les soins mis à prévenir, contenir et résoudre à l'amiable les difficultés, il faudra encore souvent se résoudre à organiser plus brutalement le destin de l'entreprise quand, imperméable aux thérapies douces et malgré elles, elle aura franchi le seuil clinique de la cessation des paiements* »<sup>290</sup>.

**183. Une conversion avérée.** L'article 141, 1, de l'AUPC énonce qu' « *en cas de résolution ou d'annulation du concordat préventif, la juridiction compétente doit prononcer le redressement judiciaire, (...) s'il constate la cessation des paiements* ». Cette disposition doit être lue avec l'article 139, 1°, du même Acte uniforme qui affirme que la résolution du concordat peut être prononcée, « *en cas d'inexécution, par le débiteur de ses engagements concordataires ou de remises et délais consentis (...)* ». La lecture combinée de ces deux dispositions démontre que l'inexécution des engagements par le débiteur peut constituer une cause d'ouverture de la procédure collective mais elle doit présenter un caractère grave pour entraîner la cessation des paiements, cause de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de la liquidation des biens du débiteur principal. Que faut-il alors entendre par engagements concordataires ?

---

<sup>289</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 86, p. 75.

<sup>290</sup> D. R. MARTIN, « Le droit des entreprises en difficulté. Les lois des 1<sup>er</sup> mars 1984 et 25 janvier 1985 », *Rev. banque Editeur*, 1985, n° 29 ; du même auteur, « Le diagnostic d'entreprise, critère de responsabilité judiciaire », *RTD com.*, 1979, n° 2, p. 187.

**184. La notion d'engagements concordataires.** La notion d'engagements concordataires peut s'entendre de l'ensemble des engagements ayant des répercussions financières sur l'entreprise, ou alors, de toutes les mesures nécessaires au sauvetage<sup>291</sup>, notamment, l'augmentation de capital, la restructuration du bilan, l'engagement de ne pas licencier des salariés ou l'impossibilité pour le débiteur de cautionner un tiers. Elle peut également comprendre les créances de sommes d'argent, objet de l'accord conclu en faveur du débiteur, en l'occurrence l'interdiction de payer les créanciers antérieurs ou les cautions ayant acquitté leur dette. C'est cette dernière conception qui semble retenir l'attention d'autant plus qu'elle est extensive et englobe les engagements financiers<sup>292</sup>. C'est donc la non exécution des engagements financiers qui retient plus l'attention et altère, généralement, les relations dans l'opération de cautionnement.

**185. L'échec des engagements financiers.** Si donc l'échec du concordat préventif conclu en faveur du débiteur principal peut entraîner la conversion de la procédure préventive en l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire du débiteur, il faut en déduire que c'est implicitement la sanction particulière attachée par le législateur à l'inexécution des engagements financiers qui emportera des conséquences pour la caution. La loi française de 1984 n'avait pas prévu de sanction particulière à l'inexécution du règlement amiable et s'en remettait au droit commun des contrats. Cette solution est encore possible pour les remises de dettes et les reports d'échéances non imposés par le juge, mais consentis par les créanciers et contenues dans le concordat. Or, ce sont, dans une large mesure, les engagements financiers qui ont conduit à l'octroi des mesures concordataires. Il s'agit donc des engagements financiers inexécutés, tant en principal qu'en accessoires, qui aboutissent, généralement, à l'échec des mesures concordataires.

**186. Un cas d'ouverture du redressement judiciaire ?** La survenance de la cessation des paiements peut être due à l'inexécution des engagements financiers concordataires. A ce niveau, il peut y avoir conversion de la procédure préventive, entraînant, soit, l'ouverture du redressement

---

<sup>291</sup> Il est constant que si le débiteur n'exécute pas ses engagements dans les délais fixés par le plan, le tribunal peut d'office ou à la demande du créancier, du commissaire à l'exécution du plan ou du procureur, prononcer la résolution et l'ouverture d'une autre procédure. Dans ce sens, Tribunal de première instance de Ouagadougou, jugement n° 90 bis du 24 janv. 2001 (cité par F. M. SAWADOGO, sous art. 141 AUPC, in *OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2<sup>e</sup> éd., préc., p. 992) : en l'espèce, le juge commissaire à l'exécution du plan de redressement a constaté que les différentes mesures urgentes préconisées en vue de relancer la productivité de l'entreprise et procéder à l'apurement du passif n'avaient pas connu un début d'exécution. Cette décision a converti le redressement judiciaire en liquidation des biens, mais elle peut largement inspirer pour la possibilité de reconversion du règlement préventif en redressement judiciaire ou, directement, en liquidation des biens, pour les mêmes motifs.

<sup>292</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, n° 1088.

judiciaire, soit, l'ouverture de la liquidation des biens. La possibilité de conversion de la procédure préventive en redressement judiciaire, pour inexécution des engagements concordataires, tire sa source de la loi du 25 janvier 1985. En effet, cette loi a érigé l'inexécution des engagements financiers conclus dans le plan<sup>293</sup> en un cas d'ouverture de la procédure de redressement qu'elle régleme<sup>294</sup>. Le défaut d'exécution des engagements non financiers était soumis au droit commun de l'inexécution des contrats ou aux foudres des clauses résolutoires expresses. M. Chaput fait remarquer que la sanction affectée au débiteur pour non respect des engagements financiers était sévère<sup>295</sup>. M. Jeantin, pour sa part, a pu affirmer qu'elle a pour conséquence de redonner au redressement judiciaire la connotation de simple sanction totalement anachronique<sup>296</sup>. A la différence de la loi française de 1985, la constatation de l'inexécution des engagements financiers n'entraîne pas, d'emblée, en droit uniforme, l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. En réalité, l'Acte uniforme accorde au juge un pouvoir d'appréciation de la situation en cause. Dans toutes ces hypothèses, le créancier peut se désintéresser de la procédure et faire exclusivement face à la caution : l'obligation de la caution est maintenue, traduisant ainsi, une fois encore, l'entorse à la règle de l'accessoire rattachée au cautionnement dans le droit des procédures collectives.

## **B - L'incidence de la conversion de la procédure sur l'obligation de la caution**

**187. L'évaluation de la dette de la caution.** L'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, suite à la résolution du concordat préventif pour inexécution, affecte l'engagement de la caution. En effet, l'engagement de la caution est maintenu dès lors que le juge convertit le règlement préventif en la procédure de redressement judiciaire avec les mêmes conséquences que la procédure de règlement préventif. Les créanciers disposent toujours de l'indépendance de poursuites contre la caution sans que celle-ci ne puisse exercer son recours, étant entendu que les poursuites individuelles sont suspendues à ce moment transitoire entre la phase préventive et la phase d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, signe visible que la caution est tenue plus sévèrement que le débiteur principal. La Cour de cassation française considère, dans un arrêt du 24 septembre 2003, que « *la mise en redressement judiciaire du débiteur principal ne fait pas obstacle à ce que le créancier poursuive la caution en*

<sup>293</sup> Article 5 de la loi du 25 janvier 1985.

<sup>294</sup> Article 2, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985 abrogé par la loi du 10 juin 1994.

<sup>295</sup> Y. CHAPUT, « La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises », *JCP E* 1994, I, 381 ; du même auteur, « Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable » in *La réforme du droit des entreprises en difficulté, Petites affiches*, 1994, n° spéc., 14 sept. 1994, p. 35 ; également, « L'échec du règlement amiable et le passage au redressement judiciaire », *RJ com.*, 1986, p. 89, n° 110.

<sup>296</sup> M. JEANTIN, *Droit des faillites et restructuration du capital*, PUF, 1982, p. 34 et s.

*paiement de la dette (...), les juges du fond devaient vérifier eux-mêmes, selon les règles du droit commun, l'existence et le montant de la créance* »<sup>297</sup>. Seulement, une difficulté à résoudre reste le montant de la dette de la caution, étant entendu que le contrat de base ne sert plus de mesure à l'engagement de la caution. Sur quel critère le juge du fond pourra alors déterminer la date de l'existence ou la date de naissance de la dette dans le cautionnement pendant ce temps?

**188. La date de naissance de la créance dans le cautionnement.** La procédure de règlement préventif a entraîné la suspension des poursuites individuelles, des remises de dettes et des reports d'échéance. Cela aboutit à la réduction de la dette à l'égard du débiteur cautionné. Mais le sort de la caution sera différent. A suivre la solution donnée par la Cour de cassation française relativement au pouvoir des juges du fond dans la vérification de l'existence et du montant de la dette de la caution, dans l'arrêt du 24 septembre 2003 précitée, c'est sur la base des règles du droit commun que cette vérification doit être faite. D'après la thèse de M. Putman<sup>298</sup>, « *c'est la date de la conclusion du contrat qui fixe la date de naissance des créances* »<sup>299</sup>. Cependant, en matière de cautionnement, on peut légitimement s'interroger sur la validité de cette règle<sup>300</sup>, étant entendu que le contrat de base ne sert plus de mesure à toute évaluation de l'engagement de la caution dans le cadre des procédures collectives. Or, l'obligation de la caution présente un caractère accessoire qui va influencer sur le moment de sa naissance, selon qu'il s'agit de cautionnement de dettes présentes ou de cautionnement de dettes futures<sup>301</sup>. En fait, la

<sup>297</sup> Cass. com., 24 sept. 2003, *RJDA*, 02/2004, n° 228.

<sup>298</sup> E. PUTMAN, *La formation des créances*, thèse Aix- Marseille, dactyl. 1987, p. 186.

<sup>299</sup> E. PUTMAN, thèse préc., n° 171, p. 186.

<sup>300</sup> S. PRIGENT, « Contrat de cautionnement : date de naissance de la dette de la caution », *Petites affiches*, 26 juin 2006, n° 126, p. 4 et s.

<sup>301</sup> D'après Ch. MOULY (*Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc., n° 252), le cas type du cautionnement des dettes présentes est celui de la personne qui se porte caution d'un prêt immobilier remboursable en douze ou quinze années ( sur la question : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 juill. 1994, *Bull. civ. I*, n° 258 ; *con. conc. cons.* 1994, n° 245, note L. LEVENEUR ; *JCP N* 1995, II, p. 652, note L. LEVENEUR ; Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juill. 1997, *Bull. civ. I*, n° 194). Dans cette situation, la dette principale est bien née, même si elle n'est pas encore exigible. À ce cas est assimilé celui d'une caution qui garantit les charges et les loyers dus par un locataire. Or selon l'analyse de M. Endréo (« Fait générateur des créances et échange économique », *RTD com.* 1984, p. 223 et s.), les créances de loyers ne naîtraient qu'au fur et à mesure de la jouissance locative, car seules les périodes de jouissance leur donneraient leur cause. Une telle analyse, d'ordre économique, est contestable (S. PRIGENT, art. préc.) : « *ne confond-elle pas la cause de la prestation avec la cause de la créance ? Certes la prestation pécuniaire de loyers a pour contrepartie la prestation matérielle de jouissance. Mais la cause de l'obligation de payer le loyer n'est-elle pas l'obligation d'assurer la jouissance ? Le stade de l'obligation, qui correspond à la naissance de la créance, est suffisamment rempli de cause lorsque le locataire et le bailleur se sont valablement accordés* » (voir dans ce sens, E. PUTMAN, note sous Aix, 20 juill. 1994, *JCP G* 1995, II, 22408, n° 6, p. 130). Sur l'ensemble de la question, Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, par L. AYNES et P. CROCQ, Defrénois, 2004, n° 237, p. 85 ; E. PUTMAN, thèse préc., n° 186 et n° 242 ; Com., avis, 16 déc. 1994, *JCP G* 1995, II, 22409, note A. GRAFMEYER ; *Petites affiches*, 22 févr. 1995, p. 19, note F. DERRIDA ; Civ. 2<sup>e</sup>, 10 juill. 1996, *D.* 1996, p. 625, obs. P. ANCEL ; *JCP G* 1996, II, 22723, note E. PUTMAN ; Ch. mixte, 22 nov. 2002, *D.* 2002, AJ, p. 3270, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2003, p. 445, note Ch. LARROUMET ; *JCP G* 2003, II, 10033, note D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.* 2003, p. 146, obs. R. PERRON et p. 331, obs. P. CROCQ. S'agissant du cautionnement à durée indéterminée, il a été jugé (Civ. 3<sup>e</sup>, 25 avr. 1990, *Bull. civ. III*, n° 101) que « *la caution garantissant*

détermination de la date de naissance et du montant de l'obligation de la caution des dettes présentes ne pose pas de problème, mais, c'est surtout le cautionnement des dettes futures qui rend délicate l'application de la règle de la date de conclusion du contrat.

**189. L'analyse comptable du cautionnement : un engagement conditionnel ?** La fourniture d'une caution ne créant aucune obligation immédiate, mais (est) susceptible, dans le futur, de modifier le contenu et le montant du patrimoine de l'entreprise<sup>302</sup>, certains ont qualifié l'obligation de la caution d'engagement conditionnel pour expliquer la réclamation de paiement à la caution<sup>303</sup>. En effet, sur un plan comptable, l'engagement de la caution est classé dans la rubrique des droits et des obligations dont les effets sur le montant ou la composition du patrimoine sont subordonnés à la réalisation des conditions ou d'opérations ultérieures<sup>304</sup>. Il s'agit donc d'une hypothèse présentant un caractère conditionnel, dans la mesure où, « *le doute, l'incertitude, plane sur l'existence de l'obligation* » de la caution tant que le débiteur principal est en mesure de faire face à ses obligations<sup>305</sup>. Ainsi, l'engagement de la caution est considéré comme une dette conditionnelle tant que la défaillance du débiteur principal n'est pas avérée<sup>306</sup>. Mais la survenance de l'événement contre lequel la garantie est donnée constitue le moment de la naissance de la dette d'autant plus que la échéance du terme ne joue plus.

**190. L'apport du droit anglo-saxon.** En droit anglo-saxon, à l'image de l'analyse comptable, le cautionnement (Guarantee), la promesse de porte-fort ayant pour objet l'exécution d'un acte (Indemnity) et le contrat d'assurance sont rangés dans la catégorie des contrats aléatoires (aleatory contracts)<sup>307</sup>, à la différence de la Standby letter of credit ou des Performance guarantees qui sont les pendants des garanties à première demande<sup>308</sup>. Il s'agit d'un contrat par lequel le devoir d'une partie est sous la condition de la survenance d'un événement futur et

---

*l'exécution d'un bail à durée indéterminée peut mettre fin unilatéralement à son engagement* » et être libérée des sommes dues par le débiteur principal pour la période postérieure.

<sup>302</sup> Sur l'ensemble de la question, voir, S. SERE, Commentaires sous Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, *J. O. OHADA*, n° 10, p. 1 et s.

<sup>303</sup> B. COLASSE, *Comptabilité générale*, coll. Gestion, 7<sup>e</sup> éd., 2001, n° 1. 2. 2, p. 99 et n° 3. 4, p. 123.

<sup>304</sup> C. GORE, « Vers un droit de la comptabilité », *Rev. française de comptabilité*, n° spéc., sept. 1970, p. 12.

<sup>305</sup> R. NIVOT, « Une forme d'engagements hors bilan : les engagements de garantie », *Rev. française de comptabilité*, 1972, p. 133-144, spéc. p. 134 (3<sup>e</sup> col.).

<sup>306</sup> C. PEROCHON, *La technique comptable fondamentale*, éd. Foucher, Paris, 1983, p. 5 ; com. Y. BERNHEIM, « Le fait générateur de la comptabilisation des transactions », *Rev. française de la comptabilité*, mai 2002, Réflexion, p. 30-33 ; A. VIANDIER et C. de LAUZAINGHEIN, *Droit comptable*, 2<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 1993, n° 2 et s.

<sup>307</sup> K. P. Mac GUINNESS, *The law of guarantee ; A treatise on Guarantee, Indemnity and Standby Letter of Credit*, 2<sup>e</sup> éd., Carswell, Scarborough, Ontario, Canada, 1996, n° 11. 91, p. 689 et s., p. 318 et s.

<sup>308</sup> J.-F. SAGAUT, « Variations autour d'une sûreté personnelle sui generis : la promesse de porte-fort d'exécution », *Revue des contrats*, 2004, p. 840 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 janv. 2005 et com., 13 déc. 2005, *JCP G* 2006, II, 10021, note Ph. SIMLER.

incertain<sup>309</sup>. Ainsi, l'obligé ne doit pas d'ores et déjà une prestation, mais court le risque de devoir accomplir une prestation si l'événement survient<sup>310</sup>. D'une manière assez proche au fond de l'analyse précédente, reste la doctrine majoritaire qui regarde le cautionnement comme étant un contrat donnant naissance à une dette subsidiaire. L'obligé subsidiaire se définit comme celui qui « *n'est tenu envers le créancier qu'à défaut de tout autre auquel incomberait la satisfaction du créancier* »<sup>311</sup>.

**191. La critique de la conception conditionnelle du cautionnement.** Une telle analyse de l'engagement de la caution en un droit conditionnel n'est pas à l'abri de critiques. Elle aboutit à méconnaître la règle de l'accessoire inhérente au droit du cautionnement et à proclamer l'indépendance de la sûreté de cautionnement, dans la mesure où, le droit du créancier envers la caution n'a plus sa mesure dans le rapport de base dans le cadre des procédures collectives. M. Guggenheim a pu affirmer que dans les garanties accessoires délivrées par les banques, « *la banque lie son obligation de paiement éventuelle à l'inexécution du contrat de base entre son client et le bénéficiaire. C'est seulement si ce contrat n'a pas été exécuté, après que des poursuites ont eu lieu et que le client de la banque a opposé tous les moyens à sa disposition pour refuser de payer, que la banque pourra être appelée en garantie. En d'autres termes, dans ce type de garantie, c'est la relation contractuelle de base, et elle seule, qui fournit la mesure de l'obligation de paiement de la banque* »<sup>312</sup>. Or, dans le cadre de la garantie de cautionnement, le créancier dispose d'une indépendance dans la poursuite de la caution dans le cadre des procédures collectives. Cette solution contrarie le caractère accessoire de la sûreté, d'autant plus que le principe de la simultanéité d'exigibilité de la créance et le devoir de mise en cause conjointe seront remis en cause dans le cadre de la procédure collective.

**192.** M. Simler a écrit, dans ce sens, que ceux qui qualifient l'obligation de la caution de « conditionnelle » confondent « engagement conditionnel et engagement accessoire ». L'obligation conditionnelle est une obligation principale, dont l'exécution seulement est subordonnée à un événement incertain. Au contraire, le cautionnement est une obligation accessoire<sup>313</sup>. En réalité, l'exigibilité de la dette principale ne saurait être assimilée à une condition affectant le cautionnement. Faute d'être conditionnel, l'engagement de la caution

<sup>309</sup> K. P. Mac GUINNESS, *The law of Guarantee*, op. cit., p. 689.

<sup>310</sup> S. PRIGENT, art. préc.

<sup>311</sup> J. MESTRE, « La pluralité d'obligés accessoires », *RTD civ.*, 1981, p. 1 et s., spéc. n° 9, p. 6.

<sup>312</sup> D. GUGGENHEIM, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Georg, Genève, 1993, p. 172; P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, thèse, Dijon, 1981, n° 3, p. 3 où l'auteur voit dans la définition *in fine* du cautionnement, « le caractère subsidiaire de l'engagement de la caution : celui-ci n'est qu'un débiteur de second rang, qui n'est tenu qu'à défaut du débiteur principal auquel le créancier doit d'abord s'adresser pour obtenir paiement ».

<sup>313</sup> Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, op. cit., n° 61, p. 62.

serait alors aléatoire, par rapprochement avec l'assurance : ce serait donc la défaillance du débiteur principal qui donnerait jour au *debitum* de la caution, lorsque la survenance du risque couvert est avérée à toute étape du déroulement de la procédure. Cette solution n'est pas satisfaisante, si bien que c'est plutôt une obligation de règlement de la garantie qui sera mise en œuvre et non un droit conditionnel.

**193. Le recours à la mise en œuvre de l'obligation de règlement.** C'est donc vers la mise en œuvre de l'obligation de règlement qu'il faut se tourner pour justifier la poursuite de la caution. Plutôt que de faire exploser la notion d'obligation, Mouly propose de voir « *dans le cautionnement de dettes futures, un faisceau de deux obligations distinctes, mais liées entre elles* »<sup>314</sup>. Cette proposition s'infère de la constatation que, dans ces cautionnements, « *la détermination de la dette de la caution s'effectue en deux étapes : un premier temps permet la déterminabilité de la dette par la précision, lors de la rédaction du contrat, des éléments qui délimitent le champ de la couverture assurée par la caution (nature des dettes garanties, durée de la garantie, conditions de la garantie...)* ; *dans un deuxième temps, les parties pourront procéder à la détermination de la dette (à une date préfixée ou laissée à la discrétion d'une partie) par application des éléments indiqués. Ce deuxième temps permettra de savoir s'il y a dette (certitude), quel est son montant (liquidité) et quand elle doit être payée (exigibilité, souvent immédiate, et parfois différée, comme dans l'hypothèse du compte courant)* »<sup>315</sup>.

**194.** À ces deux temps, correspondent deux obligations distinctes : « *la première (...) est d'exécution immédiate et prend naissance avec certitude dès la conclusion du contrat de cautionnement. Son objet est de tracer le cadre de la garantie offerte par la caution ; cette obligation détermine la couverture que fournit le cautionnement (...). La deuxième obligation, qui a pour seul objet le règlement d'une dette déterminée, se retrouve à l'identique dans les cautionnements de dettes présentes et dans ceux de dettes futures lorsque les dettes garanties sont devenues certaines ; elle remplit le cadre tracé par l'obligation de couverture* »<sup>316</sup>. L'obligation de couverture apparaît dès la conclusion du contrat de cautionnement. Cette dette est autonome : « *la caution y prend des engagements personnels, absolument indépendants de l'obligation principale* »<sup>317</sup>. Son objet tient en une prestation de service visant à créer la

---

<sup>314</sup> Ch. MOULY, thèse préc., p. 325, n° 254.

<sup>315</sup> Ch. Mouly, thèse préc., n° 254 ; comp. S. PRIGENT, « Contrat de cautionnement : date de naissance de la dette de la caution », préc., n° 126, p. 4 et s.

<sup>316</sup> Ch. MOULY, thèse préc., n° 254, p. 326 ; comp. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771, spéc. n° 41, p. 798 ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 94-1, p. 81-82.

<sup>317</sup> Ch. MOULY, thèse préc., p. 331, n° 258.

confiance<sup>318</sup>. Ce devoir peut être accentué de prestations annexes, comme la fourniture au créancier de renseignements économiques ou comptables sur l'évolution de la situation du (futur) débiteur principal, une promesse de ne pas contracter un autre cautionnement ou de ne pas diminuer son actif patrimonial<sup>319</sup>. En contrepartie du service rendu au (futur) débiteur principal, la caution peut avoir droit immédiatement à une rémunération, peu important que la dette principale naisse ou non par la suite. Enfin, l'obligation de couverture est à exécution successive « *puisque'il lui faut garantir dans le futur la naissance et l'exécution de dettes non encore existantes* »<sup>320</sup>. Or, l'obligation de règlement « s'emboîte » dans l'obligation de couverture. De surcroît, la dette de règlement est marquée par son caractère accessoire<sup>321</sup>. Elle se « *trouve à l'identique dans les cautionnements de dettes présentes et dans ceux de dettes futures lorsque les dettes garanties sont devenues certaines* »<sup>322</sup>. Son objet tient, très ordinairement, en une promesse de payer, de rembourser le solde débiteur d'un compte courant. Enfin, cette obligation de règlement est susceptible d'exécution en un trait de temps.

**195.** Ainsi, pour Mouly, explorateur de l'obligation de règlement, « *chaque fois que la fraction de la dette que le débiteur n'aura pas à acquitter immédiatement est fixée dans le cadre d'une procédure judiciaire, la caution ne peut invoquer le bénéfice de la mesure* »<sup>323</sup>. Cette solution, contraire au principe de l'accessoire, est sévère pour la caution dans le cadre de la procédure préventive. Elle sera amenée à payer, plus tôt, davantage que le débiteur principal, lorsqu'elle est poursuivie en paiement par le créancier alors que le débiteur principal même *in bonis* est momentanément déchargé de son obligation.

**196. Conclusion de la section 2.** La conception du droit du cautionnement selon laquelle la caution est tenue de la même manière que le débiteur principal ou, encore, la caution peut se prévaloir des exceptions qui appartiennent au débiteur principal est écartée d'une façon expresse par les garanties de la mise en œuvre des mesures concordataires. Si l'engagement de la caution préexiste à la conclusion du concordat, il est à craindre que le dirigeant social ne soit pas motivé à exécuter les mesures concordataires, lorsqu'il est caution ou lorsqu'il s'agit d'un proche parent

---

<sup>318</sup> G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de praestare, pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD civ.* 2001, p. 41, spéc. n° 17, p. 60 ; Com., 22 oct. 1996, *JCP G* 1997, II, 22821, note J.-P. CHAZAL et S. VINCENTE : « *Le paiement des sommes dues en vertu d'un engagement de caution ne constitue ni la livraison d'une chose, ni l'exécution d'une prestation de services* ».

<sup>319</sup> Ch. MOULY, thèse préc., n° 258, p. 330-331 ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de couverture à la prestation de garantie, donner, faire, ne pas faire et garantir ? », *Mélanges Ch. MOULY*, p. 375 et s.

<sup>320</sup> Ch. MOULY, thèse préc., p. 337, n° 261.

<sup>321</sup> Ch. MOULY, thèse préc., p. 331, n° 258.

<sup>322</sup> Ch. MOULY, thèse préc. p. 326, n° 255.

<sup>323</sup> Ch. MOULY, thèse préc., p. 164.

ou ami, ce qui risque d'entraîner une issue malheureuse à la procédure, en contrariant l'objectif de sauvetage de l'entreprise en difficulté poursuivi par le législateur.

## **Conclusion du chapitre II**

**197.** Il est incontestable que le cautionnement est une garantie ayant pour fonction essentielle le paiement du créancier lorsque le débiteur principal est défaillant. Le mérite du législateur OHADA est d'avoir pris en compte, à titre exclusif, la finalité de la garantie, pour faciliter le paiement du créancier. Cependant, la fonction de la garantie ne doit pas conduire à soutenir que le droit des procédures collectives est sans influence sur le cautionnement. Cette influence se trouve au niveau de la remise en cause, sur un plan théorique, des règles découlant du caractère accessoire de la sûreté. En droit commun, en effet, le paiement du créancier est subordonné à certaines conditions, entre autres, la mise en cause conjointe du débiteur principal et de la caution. De même, la caution est tenue de la même façon que le débiteur principal, ce qui peut signifier qu'ils doivent être poursuivis simultanément et que la dette de la caution doit être la même que celle du débiteur au moment des poursuites. Si la caution s'est engagée à garantir la dette du débiteur contre la défaillance de ce dernier, il faut reconnaître que le motif déterminant de cet engagement, c'est aussi, sans aucun doute, la possibilité pour la caution d'exercer les recours à elle reconnus par la loi. Seulement, les mesures obtenues par le débiteur principal, notamment, la suspension des poursuites individuelles, sans possibilité d'extension à la caution, tout comme les sanctions de l'inexécution des engagements concordataires, démontrent que le caractère accessoire du cautionnement est altéré, mieux évincé.

## **Conclusion du titre I**

**198.** Incontestablement, la formation du concordat préventif est laissée à la volonté des parties. Il ne s'agit donc pas d'un acte judiciairement imposé mais d'une convention ayant pour vocation de produire des effets à l'égard des parties. Le législateur a pris soin d'écarter la caution du bénéfice des remises concordataires. Ainsi, la caution ne peut pas se prévaloir des remises de dettes et des reports d'échéance accordés par les créanciers au débiteur principal. Elle ne peut pas non plus bénéficier de la suspension des poursuites individuelles. L'exclusion de la caution des mesures accordées au débiteur principal, pour inciter les créanciers à conclure les accords avec le débiteur principal, témoigne de la volonté du législateur d'endiguer les difficultés et de permettre la survie de l'entreprise. Cette solution a l'avantage essentiel d'assurer l'efficacité de la garantie du point de vue du paiement immédiat des créanciers. Ceux-ci peuvent facilement

consentir des délais et des remises au débiteur principal et se retourner contre la caution. Seulement, la vocation de l'engagement de la caution à suivre le sort du débiteur principal s'en trouve remise en cause dans tout le processus préventif. Cette vocation à suivre le sort de la dette principale n'est pas forcément une bonne chose pour la finalité de la garantie : la caution sera appelée à payer à première demande du créancier.

**199.** Il en découle que la caution sera tenue d'une façon plus draconienne que le débiteur principal. De la même façon, si la caution paie pendant ce temps, elle ne peut tenter une action contre le débiteur d'autant plus que les demandes en paiement et l'exercice des voies d'exécution sont suspendues. Au demeurant, le caractère accessoire attachée au cautionnement, faute d'être érigée en un principe d'ordre public, ne peut plus être avancée comme moyen juridique de protection de la caution. Dès lors, la conception du cautionnement classique est écartée par les dispositions de la procédure préventive, regardée comme une exception au droit commun, une véritable procédure collective de paiement du créancier. Il en découle une dénaturation de la conception du cautionnement qui se manifesterait également dans le cadre du traitement des difficultés.

## **TITRE II – L’ALTERATION DU CARACTERE ACCESSOIRE DU CAUTIONNEMENT PAR LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE DU DEBITEUR PRINCIPAL**

**200. La caution confrontée au constat de la cessation des paiements du débiteur.** Le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés. L'ouverture de la procédure collective de redressement à l'encontre du débiteur principal cautionné peut aussi être la résultante de l'inexécution des engagements concordataires préventifs. La constatation judiciaire de la défaillance du débiteur, traduite par la cessation des paiements, emporte des incidences considérables sur les créanciers et les cautions relativement à la dette cautionnée. Le problème souvent mal posé consiste à savoir « *qui supporte les risques de droit de la procédure collective quand la créance est garantie par un cautionnement* »<sup>324</sup>, au lieu de rechercher la charge des mesures consenties ou imposées sur le fondement de l'impératif de la justice distributive. En réalité, l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire fait peser sur le créancier les risques d'altération d'un droit substantiel c'est-à-dire, le droit de créance contre le débiteur et sur la caution les risques d'altération du droit substantiel (le droit de créance) et du droit de poursuite contre le débiteur.

**201. L'altération du droit commun du cautionnement.** Conçu pour protéger les intérêts financiers du créancier, le cautionnement, dans ses effets, poursuit l'objectif d'accroissement de la sécurité patrimoniale du bénéficiaire. La poursuite de cet objectif d'efficacité contraste dans la procédure de redressement judiciaire du débiteur avec les mesures de protection de la caution traditionnellement connues en droit commun. Parce que le créancier a pris, préalablement, la précaution avant que ne s'ouvre une telle procédure, de demander l'engagement d'un tiers, en l'occurrence, la caution, la question de la solidarité devant répondre aux besoins que la crise économique fait ressentir au débiteur se pose au regard de la vocation de l'engagement de la caution à suivre le sort de l'obligation principale. La conception selon laquelle la caution peut se prévaloir de toutes les exceptions du débiteur inhérentes à la dette est-elle préservée ? En réalité, la constatation de la cessation des paiements du débiteur principal altère profondément le droit commun du cautionnement. Elle entraîne, par voie de conséquence, la modification des prévisions contractuelles entre les trois partenaires dans l'opération de cautionnement que sont le débiteur, le créancier et la caution.

---

<sup>324</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur », *RTD civ.* 1993, 737.

**202.** La procédure collective de redressement exerce une influence évidente sur le cautionnement et est regardée, par le législateur OHADA, comme une exception personnelle du débiteur principal. Il résulte de ce qui précède que la procédure de redressement altère le droit du cautionnement tant au stade des conditions d'ouverture (Chapitre I) qu'au stade du traitement des difficultés (Chapitre II).

## CHAPITRE I - L'ALTERATION DU DROIT DU CAUTIONNEMENT A L'OUVERTURE DE LA PROCEDURE DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

### **203. La crise de la règle de l'accessoire au stade de l'ouverture du redressement judiciaire.**

Le cautionnement est toujours une sûreté trop douloureuse lorsque la caution est appelée à s'exécuter. La gravité de l'acte a conduit à la politique juridique de protection des cautions, surtout personnes physiques, que certains ont fondée sur la norme de l'accessoire. Mais la charge de « *la répartition des risques de la créance atténue le caractère accessoire du cautionnement, si paradoxal en cas de redressement judiciaire du débiteur* »<sup>325</sup>. De par sa définition issue de l'article 2 AUS, le cautionnement consiste en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci. Le traitement des difficultés de l'entreprise semble être le moment privilégié pour réclamer le paiement de la dette à la caution. Cependant, la diversité de la manifestation des symptômes et la variation des critères de leur appréciation ne permettent pas, *a priori*, de retenir, en droit des procédures collectives, le stade effectif de caractérisation de la situation gravement obérée du débiteur<sup>326</sup>. En réalité, en affirmant que la caution exécute l'obligation du débiteur principal au cas où celui-ci n'y satisfait pas, le droit uniforme ne fait pas de distinction selon qu'il s'agit d'un refus volontaire, de difficultés déguisées ou selon qu'il s'agit d'un arrêt de paiement dû à une situation économique et financière irrémédiablement compromise. La cessation des paiements judiciairement reconnue est un constat de la défaillance du débiteur principal (Section 1). A ce titre, la caution va se voir poursuivre par le créancier, car le législateur OHADA interdit à la caution de se prévaloir des mesures consenties au débiteur principal dans le cadre des procédures collectives (Section 2).

### **Section 1 - L'altération de l'engagement de la caution au stade du constat de défaillance du débiteur principal**

**204. L'assimilation du redressement du débiteur à l'état d'urgence.** Selon Guyon, les procédures collectives sont des procédures de sacrifices, qui produisent des conséquences graves en restreignant, entre autres, les droits des créanciers d'une manière provisoire ou définitive, car l'ouverture d'une procédure débouche sur le redressement judiciaire ou la liquidation des

---

<sup>325</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, art. préc., p. 737.

<sup>326</sup> Si l'objet d'une garantie est par nature variable, la portée de l'engagement aussi varie selon qu'il est destiné à couvrir l'insolvabilité du débiteur ou simplement le défaut de paiement à l'échéance. Dans le premier cas, c'est la capacité de payer du débiteur qui est mise en jeu en cas de défaillance indépendante de la volonté du débiteur principal ; au cas contraire, dans le second cas, c'est plutôt sa volonté de payer qu'il faut rechercher.

biens<sup>327</sup>. La discipline collective impose de sévères restrictions aux prérogatives individuelles des créanciers envers le débiteur en cessation des paiements. Les impacts se feront d'autant plus catégoriques dans la procédure de redressement qui est dominée par la logique de sauvegarde du patrimoine du débiteur principal que dans la procédure de liquidation des biens pour insuffisance d'actif où les créanciers recouvrent leurs droits contre le débiteur principal à l'issue de la procédure. Au contact de ces restrictions, les règles classiques relatives au cautionnement, selon lesquelles le créancier ne peut entreprendre des poursuites contre la caution qu'après une mise en demeure de payer adressée au débiteur principal et restée sans effet<sup>328</sup> ou en appelant en cause le débiteur principal<sup>329</sup>, sont inapplicables.

**205.** Cette restriction affecte également la règle selon laquelle le débiteur ne peut aggraver l'engagement de la caution par une convention postérieure au contrat de cautionnement<sup>330</sup>. La caution sera alors tenue d'une façon plus onéreuse que le débiteur principal. Le droit commun du cautionnement reçoit donc des entorses qui résident essentiellement dans l'interdiction faite à la caution de se prévaloir des mesures consenties au débiteur principal. Il en résulte que la constatation de la défaillance du débiteur emporte des incidences sur l'engagement de la caution (Paragraphe 1). Il en va également ainsi pour les mesures relatives à la vérification du passif du débiteur principal (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 - L'incidence de la constatation de la défaillance du débiteur sur l'engagement de la caution**

**206. Le risque garanti consommé par la constatation de la défaillance du débiteur.** La défaillance avérée du débiteur principal est une condition légale de poursuite de la caution. Revenant à une solution délaissée par la loi du 28 mai 1838, le droit uniforme, à la suite du législateur français de la loi du 25 janvier 1985<sup>331</sup>, a relevé la survenance de la défaillance traduite par la cessation des paiements comme l'impossibilité pour le débiteur de faire face au passif exigible avec l'actif disponible<sup>332</sup>. En réalité, jusqu'à la loi de 1985, aucune disposition ne

---

<sup>327</sup> Y. GUYON, *Droit commercial (règlement judiciaire, liquidation des biens, suspension provisoire des poursuites, faillites)*, Les cours de droit, 1978-1979, p. 75.

<sup>328</sup> Article 13, al. 2, de l'AUS.

<sup>329</sup> Article 15, al. 2, de l'AUS.

<sup>330</sup> Cette règle est prévue par l'article 7, al. 4, de l'AUS. Or, la conclusion du concordat de redressement aboutissant à l'octroi des mesures de faveur au débiteur principal aggrave l'engagement de la caution.

<sup>331</sup> Article 3 de la loi du 25 janvier 1985 (anc. Art. L. 621-1 c. com.)

<sup>332</sup> Aux termes de l'article 25 AUPC, « Le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes ».

consacrait la notion de l'arrêt des paiements comme critère d'ouverture de la procédure collective de redressement du débiteur défaillant. Dans cette situation, la doctrine<sup>333</sup> et la jurisprudence<sup>334</sup> ont alors dégagé « *la théorie juridique de la cessation des paiements* »<sup>335</sup>. Déjà, Locré avait estimé, en son temps, que pouvait être déclaré en faillite, le débiteur commerçant insolvable, et qui cesse ses paiements. Il a écrit dans ce sens : « *il ne me semble pas possible de séparer l'idée de faillite de celle d'insolvabilité et de réputer failli un homme qui peut payer mais qui ne le peut pas au moment même où échoient ses engagements* »<sup>336</sup>. L'ensemble de ces événements pour lesquels le débiteur bénéficie légalement d'un droit de ne pas payer ses dettes, « *au moment même où échoient ses engagements* », est regardé comme une situation difficile où le débiteur cesse momentanément ou définitivement ses paiements, autrement dit, il est dans l'impossibilité de payer (B) alors même que la dette garantie est exigible (A).

## **A- L'exigibilité de la dette garantie**

**207. Exigibilité et arrêt des paiements : absence de déchéance du terme.** La constatation de la défaillance par le juge constitue l'ultime moment de rupture du lien entre le sort du contrat de base et celui du contrat de cautionnement. Dans l'hypothèse d'une dette cautionnée, l'exigibilité de la dette devra coïncider avec le passif exigible. La cessation des paiements n'emporte plus déchéance du terme tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard de la caution, exception faite des effets de commerce en raison de la rigueur cambiaire<sup>337</sup>. Le bénéfice de la procédure de redressement judiciaire est subordonné à la cessation des paiements du débiteur, à un passif exigible, en d'autres termes, au passif qui n'a pas été payé et qui aurait dû l'être<sup>338</sup>. Nécessaire, cette condition d'exigibilité se justifie aisément d'autant plus qu'elle est conforme aux nécessités du crédit qui se fondent sur l'échéance à laquelle la dette doit être réclamée à la caution. Ainsi, la

<sup>333</sup> Sur cette notion, voir, notamment, L. BEAUDOIN, « De la notion de cessation des paiements », *JCP G* 1934, I, p. 1029 ; J. DELEAU, « La notion de cessation des paiements en jurisprudence », *RTD com.* 1949, p. 589 ; BOISNEAULT, *De la cessation des paiements à la situation difficile comme critère du déclenchement des procédures collectives*, thèse, Aix, 1980, p. 5

<sup>334</sup> Cass. com., 14 fév. 1978, *D.* 1978, IR, p. 443, note A. HONORAT ; Cass. com., 7 déc. 1983, *D.* 1984, IR, p. 280, note A. HONORAT.

<sup>335</sup> G. GRANCHET, *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, LGDJ, 1962, p. 2.

<sup>336</sup> Sur la théorie de Locré, voir G. GRANCHET, thèse préc., p. 131 et s.

<sup>337</sup> D'après l'article 186, al. 6, du Règlement 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, en cas de procédure collective ouverte contre le tiré accepteur ou non ou contre le tireur d'une lettre non acceptable, la production du jugement déclaratif suffit au porteur pour lui permettre d'exercer ses recours.

<sup>338</sup> J.-Ch. BOULAY, « Réflexions sur la notion d'exigibilité de la créance », *RTD com.* 1990, p. 339 ; M.-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2006, p. 69, n° 97 ; P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 2006, p. 51, n° 49 ; F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2003, n° 114-2.

défaillance du débiteur est regardée comme un trouble dans sa vie commerciale ou civile mais sous l'angle exclusif du défaut de paiement à l'échéance. La défaillance traduite par l'arrêt des paiements se distingue du surendettement qui prend en considération, non seulement le passif échu, mais aussi le passif à échoir. Elle se distingue aussi de l'insolvabilité du droit civil<sup>339</sup>, qui s'apprécie en considération de l'ensemble des facultés patrimoniales du sujet, lesquelles ne se mesurent pas à une possibilité de paiement immédiat.

**208.** La particularité de la défaillance des établissements financiers éclaire suffisamment sur ce point. En outre, en ce qui concerne les établissements de crédit, la notion de cessation des paiements est atténuée<sup>340</sup>, car, ces établissements sont défaillants lorsqu'ils ne sont pas en mesure d'assurer leur paiement, immédiatement ou à terme rapproché<sup>341</sup>. Le paiement immédiat réside dans la capacité, pour une banque, de rembourser les dépôts à vue tandis que le paiement à terme rapproché porte sur le remboursement d'une épargne à court terme. Au fond, l'appréhension de la cessation des paiements applicable aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement a fait l'objet d'une « financiarisation »<sup>342</sup>. Elle replace la défaillance au moment où l'établissement n'est plus en mesure d'assurer ses paiements immédiatement, ou à terme rapproché, de sorte qu'elle ne peut être appréciée que par une autorité financière<sup>343</sup>, même si l'initiative de l'ouverture de la procédure de redressement émane du représentant légal de l'établissement.

---

<sup>339</sup> Sur l'ensemble de la question, G. MORRIS-BECQUET, *L'insolvabilité*, préface H. CROZE, PUAM, 2002, p. 131 et s., spécialement p. 138.

<sup>340</sup> Sur l'ensemble de la question, voir, M. ROUGER, « Les critères de la défaillance d'une banque », in *La défaillance d'une banque*, *RJ com.*, nov. 1996, n° spécial, p. 15 ; M. NUSSEMBAUM, « La cessation des paiements des banques », *RD bancaire et bourse*, mai-juin 1996, p. 79 ; *adde*, « Définir la date de la cessation des paiements d'une banque », *Banque*, octobre 1996, p. 60.

<sup>341</sup> Aux termes de l'article 46-2 al. 1 de loi bancaire française du 24 janvier 1984 modifiée par la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière en France (art. L. 613-26 code monétaire et financier) et le décret du 26 décembre 2000, JO du 30 décembre 2000, « *Sont en état de cessation des paiements les établissements de crédit qui ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements, immédiatement ou à terme rapproché* » ; Th. BONNEAU, « De quelques apports de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière au droit régissant le secteur financier », *JCP G* 1999, I, n° 168 et *JCP E* 1999, p. 1378 ; *RD bancaire et bourse* 1999, p. 136 ; J. BIGOT, « L'assurance et la loi relative à la sécurité financière- L. n° 99-532 du 25 juin 1999 et D. n° 99-688 et n° 99-718 du 3 août 1999 », *JCP G.*, 1999, I, n° 166 ; S. PIAM, « La loi sur l'épargne et la sécurité financière : un toilettage juridique au service de l'intérêt général ? », *D.* 2000, chron. p. 71.

<sup>342</sup> En matière d'entreprises de banque ou d'assurance où les textes organisent une liquidation administrative, voir Code CIMA, lois bancaires uniformes des Etats de l'UEMOA, telle la loi burkinabè n° 12-96 ADP du 2 mai portant réglementation bancaire ; également dans ce sens, un arrêt de Dakar, n° 222 du 12 avril 2001 concernant la liquidation de la Nationale d'Assurance dont l'agrément venait d'être retiré ; or, le juge fait état de l'arrêt des poursuites individuelles et de l'application de l'AUPC alors que l'on pourrait penser le contraire. Sur l'ensemble de la question, F. M. SAWADOGO, commentaires sous l'article 2 AUPC, *OHADA, Traité et actes uniformes annotés*, 2<sup>e</sup> éd., préc., p. 827. Comparaison avec le droit français, voir M. BOUREGHDA, « La consécration du particularisme des faillites financières. Décret n° 2000-1307 du 26 décembre 2000 », *JCP G* 2001, Act., p. 525.

<sup>343</sup> En réalité, la loi française du 25 juin 1999 et son décret du 26 décembre 2000 soumettent désormais l'ouverture d'une procédure de redressement et de liquidation judiciaires à l'encontre d'un établissement de crédit à l'avis préalable de la Commission bancaire et ce même si l'initiative provient du représentant légal dudit établissement.

**209. Le contraste entre l'exigibilité de la dette et la notion de défaillance.** Le débiteur qui refuse de payer une dette non échue n'est pas en état de défaillance. Il en est de même pour celui qui bénéficie d'un délai de paiement puisque sa dette cesse d'être exigible. L'état de cessation des paiements cessera d'être caractérisé si le débiteur a obtenu un moratoire explicite de ses créanciers. En réalité, le moratoire a pour effet de décaler l'exigibilité des créances, le passif n'étant plus alors exigible. Or, aux termes de l'article 25 AUPC, « *le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire (...)* ». L'ouverture de cette procédure constatant « le passif exigible » aboutit à la conclusion des mesures tendant au report d'échéance. Si donc l'exigibilité de la créance est traduite par la défaillance du débiteur, il s'ensuit qu'elle ne correspond pas à l'article 2 AUS selon lequel « *la sûreté personnelle consiste en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci* » lorsqu'une procédure s'ouvre contre le débiteur. La poursuite de la caution ne tiendra plus compte de la modification du contrat de base relativement au report d'échéance. En clair, la défaillance de droit commun diffère de la défaillance du débiteur dans les procédures collectives en ce que qu'elle n'est plus seulement le non paiement de la dette à l'échéance.

**210. Le passif exigible n'emporte pas exigibilité de la créance.** Du reste, l'exigibilité du passif ne suffit pas puisque, sous réserve de cas exceptionnels, le créancier doit avoir mis en demeure le débiteur afin de pouvoir constater sa défaillance. C'est alors que la doctrine et la jurisprudence estiment qu'il conviendrait de prendre en considération le passif exigé et non seulement celui qui est exigible. Mme Laude<sup>344</sup> et M. Sawadogo<sup>345</sup> s'interrogent sur l'opportunité de cette conception de « passif exigible et exigé » introduite par un arrêt de la Cour de cassation française, en date du 28 avril 1998. En effet, cet arrêt a rejeté un pourvoi aux motifs que « *le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation des paiements est le passif exigible et exigé, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur (...)* »<sup>346</sup>. Cette solution est nette car « *pour le juriste et dans le langage commun, l'expression passif*

---

<sup>344</sup> *RTD com.* 52 (1), janv-mars 1999, p. 188.

<sup>345</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, p. 101, n° 113.

<sup>346</sup> Cass. com., 28 avril 1998, *RJDA*, 1998, p. 733 et s. ; *Defrénois*, 1998, 948, n° 1, obs. P. LE CANNU ; *JCP G*, 1998, p. 1926, note G. LIKKILLIMBA ; *Rev. proc. coll. civ. et com.*, 2000, p. 49, n° 7, obs. J.-M. DELENEUVILLE. Selon P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY (*op. cit.*, p. 52), cet arrêt a été interprété comme un revirement de jurisprudence, car l'attention n'a été portée que sur la première partie de la solution du juge (le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation des paiements est le passif exigible et exigé), sans que soit attirée l'attention sur l'affirmation seconde qu'il renfermait (dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur). Pour ces auteurs, seul doit être pris en compte, le passif exigible, sans qu'il soit besoin qu'il ait été exigé.

*exigible signifie le passif échû et qui n'est pas payé alors qu'il devrait l'être* »<sup>347</sup>. Dans ce cas, l'exigibilité de la créance correspondrait à l'échéance constatée par le juge afin de conférer l'immunité de non paiement au débiteur. Il ne suffit pas, en fait, de constater l'existence d'un résultat déficitaire<sup>348</sup>, d'une perte d'exploitation et du non paiement des salaires pour caractériser la défaillance du débiteur<sup>349</sup>. Il résulte de ce qui précède, que le passif doit être exigible mais aussi exigé par le créancier et non contestée par le débiteur<sup>350</sup>. C'est donc une notion manifestement plus étroite que celle donnée par la comptabilité, qui prend en compte, l'ensemble des dettes venant à échéance.

**211. Les hésitations de la jurisprudence.** Seulement, la jurisprudence française est fluctuante sur ce point car, retenant tantôt « *le passif exigible et exigé* »<sup>351</sup>, revenant au fond, à ne considérer que le passif exigé<sup>352</sup>, tantôt au contraire, le passif exigible<sup>353</sup>. En réalité, cette fluctuation s'explique et se justifie dans la mesure où la défaillance d'un débiteur ne peut être constatée par le juge tant que celui-ci n'a pas été mis en demeure de payer, ou tant que celui-ci conserve encore un certain crédit<sup>354</sup>. En effet, si le débiteur dispose d'une réserve de crédit, soit en banque, soit de la part de ses fournisseurs ou de ses associés, l'état de défaillance n'est pas caractérisé<sup>355</sup> dans la mesure où la réserve de crédit contribue à augmenter l'actif disponible. Il n'en sera cependant ainsi que si la réserve de crédit est d'un montant au moins égal au passif exigible<sup>356</sup>.

<sup>347</sup> E. DU PONTAVICE, cité par Y. CHAPUT, *op. cit.*, n° 24, p. 34.

<sup>348</sup> Cass. com., 3 nov. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 343.

<sup>349</sup> Cass. com., 9 janv. 1996, *D.* 1996, IR, p. 43.

<sup>350</sup> J.-M. DAUNIZEAU, *Les entreprises en difficulté. Pratique bancaire et juridique*, préf. F.-J. CREDOT, La revue Banque éditeur, 1996. La dette contestée ne pourra pas être prise en compte dans le calcul du passif exigible, voir dans ce sens, Ph. PETEL, cass. com., 22 fév. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 75 ; *JCP G* 1995, II, note LEVY, et *JCP E* 1994, I, 394, n° 1, obs. P. PETEL ; Paris, 29 nov. 1995, *Rev. proc. coll.*, 1997, p. 173, n° 10 ; Paris, 3<sup>e</sup> ch. A, 17 sept. 1996, *Rev. proc. coll.* 1997, p. 176, n° 14, obs. CALENDINI ; Rennes, 2<sup>e</sup> ch., 30 sept. 1998, et Paris, 3<sup>e</sup> ch. B, 2 juill. 1999, *Rev. proc. coll. civ. et com.*, 2000, p. 50, n° 10, obs. J.-M. DELENEUVILLE.

<sup>351</sup> Sur l'exigence d'un passif exigé, substituée à celle de passif exigible, Cass. com., 12 nov. 1997, *Quot. Jur.*, 30 déc. 1997, n° 104 ; Cass. com., 28 avril 1998, *D. affaires* 1998, p. 1487, note LIENHARD.

<sup>352</sup> J. BESSE, « Réflexions critiques sur la formule 'passif exigible et exigé' », *Rev. proc. coll.*, 2000, p. 39 : la formule « *passif exigible et exigé* » est une tautologie, et ne signifie rien de plus que le passif exigé.

<sup>353</sup> Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n° 193, p. 168.

<sup>354</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 2873, p. 856 ; Y. CHAPUT, *op. cit.*, n° 256, p. 202 ; Paris, 28 avril 1982, *D.* 1983, IR, p. 82, note A. HONORAT, TGI Lille, 4 mars 1985, *RJ com.* 1985, p. 191, obs. E. DU PONTAVICE ; il ressort du rapport de la Cour de cassation de l'année 1997, que la cour n'impose pas de prendre en considération le passif effectivement exigé si le débiteur prétend disposer d'une réserve de crédit, s'ajoutant à l'actif disponible, lui permettant de faire face au passif exigible, in *Rapport de la cour de cassation* 1997, p. 225 ; M. NUSSUMBAUM (art. préc., n° 55, p. 79) souligne pour sa part que les comptes courants d'associés et les concours bancaires non dénoncés ne figurent pas parmi les dettes exigibles.

<sup>355</sup> Cass. com., 8 janv. 2002, *Act. proc. coll.*, 2002/6, n° 69 ; cass. com., 4 oct. 2005, pourvoi n° 04-10.055.

<sup>356</sup> Cass. com., 20 sept. 2005, pourvoi n° 04-14.808 ; L'existence d'un moratoire et celle de réserve de crédit permettent d'écarter la caractérisation de l'état de défaillance du débiteur : dans ce sens, Cass. com., 17 déc. 2003, *RD bancaire et fin.*, 2004, p. 102, n° 76, obs. F.-X. LUCAS ; D. TRICOT, « La cessation des paiements : une notion stable », *Rev. proc. coll.* 2005/1, 29 et 30 avril 2005, p. 13.

**212. L'invitation de la doctrine à ne retenir que « le passif exigible ».** Mme Coquelet<sup>357</sup> a souligné que la loi française du 26 juillet 2005 n'a pas souhaité consacrer l'interprétation jurisprudentielle relativement au passif exigible et exigé. La notion de « passif exigible » au sens du nouvel article L. 631-1 du code de commerce recouvre donc exclusivement le passif échü du débiteur<sup>358</sup>, même si aucune demande de paiement n'a été faite ou introduite par le créancier<sup>359</sup>. Cette solution laisse à penser que l'ouverture de la procédure collective ne perturbe en rien le créancier qui ne prendra aucune initiative pour sauvegarder les intérêts de la caution. En pratique, il serait illusoire de penser que, sans aucune poursuite infructueuse, une procédure peut être déclenchée par le débiteur défaillant.

**213. La dette due par la caution : une dette liquide, certaine et exigible.** La défaillance traduite par la cessation de paiements implique que la dette soit liquide, autrement dit, susceptible d'être évaluée en somme d'argent ou résultant d'un titre contenant tous les éléments permettant cette évaluation, qu'elle soit certaine<sup>360</sup>, c'est-à-dire, ne faire l'objet d'aucune contestation sérieuse dans son existence et dans son montant. Le non-paiement d'une seule dette<sup>361</sup> suffit à provoquer le déclenchement d'une procédure collective et à entraîner la poursuite de la caution indépendamment de tout recours contre le débiteur principal. La nature commerciale ou civile de la dette demeure indifférente<sup>362</sup>. Les controverses engendrées par cette

<sup>357</sup> M.-L. COQUELET, *op. cit.*, n° 97, p. 69.

<sup>358</sup> L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005, selon l'article 88 de ladite loi devenu art. L. 631-1 c. com., « *il est institué une procédure de redressement judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné aux articles L. 631-2 ou L. 631-3 qui, dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements* ».

<sup>359</sup> Cass. com., 27 fév. 2007, *Petites affiches*, 2 nov. 2007, note B. GRIMONPREZ, p. 19 et s. La Cour de cassation a tranché la définition de l'état de cessation des paiements permettant l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire de l'entreprise en difficulté, en clarifiant la notion de passif exigible, sur laquelle régnait l'incertitude. Ainsi, l'exigibilité retenue correspond aux dettes échües susceptibles d'être réclamées au débiteur. Cette solution rapproche le droit commercial du droit civil qui n'ont pas toujours une perception identique de l'exigibilité. En l'espèce, une société est d'abord mise en liquidation par un tribunal de commerce, puis replacée par un arrêt d'appel en procédure de redressement judiciaire. Cependant, la société conteste la solution, en reprochant à l'arrêt d'avoir injustement fixé la date de cessation des paiements, en se fondant sur l'actif disponible ; en réalité, une commune aurait fait valoir son droit de préemption sur les deux immeubles constituant le principal actif de la société et l'offre d'achat avait eu pour effet de rendre immédiatement disponible l'actif ; de plus, les dettes déclarées n'avaient fait l'objet d'aucune poursuite, autrement, elles n'ont pas été exigées, par conséquent, ne pouvaient être intégrées au passif exigible selon les termes de l'article L. 631-1 du code de commerce ; B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, LGDJ, 2006, n° 417.

<sup>360</sup> Pour B. SOINNE, (*Traité des procédures collectives, op. cit.*, p. 241), la cessation des paiements ne saurait exister lorsque les dettes que le débiteur ne veut ou ne peut payer ne sont pas certaines, liquides et exigibles ; Req., 9 fév. 1903, *DP* 1903, I, 137, note THALLER ; les juges du fond doivent rechercher si le passif du débiteur pris en compte est bien exigible au jour où ils statuent, Cass. com., 18 juin 1980, *Bull. civ.* IV, n° 262.

<sup>361</sup> Cass. com., 8 mars 1994, *Bull. civ.* IV, n° 102, retenant l'état de cessation des paiements en présence d'une seule dette démontrant ainsi que le nombre de dette n'a aucune incidence.

<sup>362</sup> L'article 25 AUPC prévoit l'ouverture de la procédure contre le débiteur « *quelle que soit la nature de ses dettes* ». Dans le même sens, Cass. com. 22 juin 1993, *RJDA*, 1/1994, n° 87, p. 75 ; *D.* 1993, Jur., p. 167, note A. HONORAT : « *la procédure de redressement judiciaire peut être ouverte en raison d'une dette civile contractée par le débiteur avant qu'il ne devienne commerçant, dès lors qu'à la date de l'ouverture de la procédure collective le débiteur avait effectivement cette dernière qualité* » ; DELMAS, « *Du non-paiement des dettes civiles et la cessation des paiements* », *RTD com.* 1970, p. 641.

unité de nature de la dette, a poussé le professeur Guyon à suggérer « *d'admettre que la dette peut être civile (dette d'impôt par exemple), mais qu'elle doit avoir été contractée dans l'intérêt de l'entreprise, et non à propos de la vie privée du commerçant* »<sup>363</sup>. Cette solution n'en trouve pas moins une justification du point de vue du principe de l'unité du patrimoine, et de son influence tant théorique que pratique. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 25 AUPC tranche ce débat lorsqu'il prévoit que l'ouverture de la procédure collective à l'encontre du débiteur « *quelle que soit la nature de ses dettes* », dès lors qu'il existe un déséquilibre entre le passif exigible et l'actif disponible.

**214.** Au regard de ce qui précède, le principe selon lequel le créancier ne peut entreprendre de poursuites contre la caution qu'après une mise en demeure de payer adressée au débiteur et restée sans effet est inefficace en s'en tenant à la théorie du passif exigible et non exigée. Il en va également ainsi du principe de simultanéité de poursuite, prévu par l'article 15, alinéa 2, de l'AUS, qui veut que la caution et le débiteur principal soient poursuivis dans la même instance. L'altération du droit commun du cautionnement peut s'observer aussi dans la permission légale accordée au débiteur principal de ne pas payer ses dettes, en cas d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

## **B- L'impossibilité pour le débiteur de payer la dette garantie**

**215. Le droit de ne pas payer ses dettes.** La règle selon laquelle le créancier pour pouvoir agir efficacement contre la caution doit mettre conjointement en cause le débiteur et la caution est tenue en échec par le jugement constatant la cessation des paiements du débiteur. La faveur inhérente à la décision d'ouverture de la procédure de redressement reste le droit pour le débiteur de ne pas payer ses dettes momentanément ou durablement<sup>364</sup>. La défaillance doit donc être caractérisée par l'impossibilité de payer à l'échéance le créancier nonobstant l'exigibilité de la créance.

**216. La grâce légale de non-paiement et l'impossibilité de paiement de la dette cautionnée.** La défaillance du débiteur se traduit par l'impossibilité de paiement de la dette cautionnée à l'échéance. L'impossibilité de paiement n'est pas l'équivalent du droit de non paiement. En réalité, c'est l'impossibilité de paiement qui conduit au prononcé du jugement d'ouverture de la

<sup>363</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, n° 1118, p. 137.

<sup>364</sup> L'expression usitée par G. RIPERT, art. préc., n° 57 ; E. PUTMAN, « Retour sur le droit de ne pas payer ses dettes », in *memoriam* G. RIPERT, *RRJ, Droit prospectif*, 1994, n° 1, p. 109 et s. ; P. ANCEL, « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *Droit et patrimoine*, 1998, p. 96.

procédure, qui emporte l'interdiction de paiement. Deux conceptions se dégagent de cette idée. D'abord, une conception consiste dans l'usage de l'expression « *impossibilité de faire face* » usitée par le législateur à l'article 25 AUPC, signifiant, que le débiteur ne peut pas payer, non pas parce qu'il ne le veut pas, mais parce qu'il ne le peut pas. L'expression donnerait à la notion de défaillance, une connotation objective. Ensuite, une seconde conception consiste à affirmer que dès que le débiteur ne satisfait pas à son engagement, il y a défaillance sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur ses intentions. Cette solution rejoint l'article 3 AUS qui prévoit que la caution s'engage « *à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même* ». En fait, les cas dans lesquels le débiteur ne peut ou ne veut satisfaire à son engagement ne sont pas énumérés par le droit uniforme. Mais la référence à la notion de « défaillance » prévue à l'article 2 du même Acte uniforme constitue une prévision légale de l'impossibilité de satisfaction, corroborée par la cessation des paiements judiciairement constatée, manifestation concrète de la défaillance. Cette interprétation est admissible car, de tout temps, il est difficile de connaître les raisons exactes qui sont à l'origine des difficultés financières d'un débiteur<sup>365</sup>. Cette analyse peut s'inspirer d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-provence du 24 mai 1984, selon lequel la cause du défaut de paiement est sans incidence lorsque les juges du fond examinent la situation du débiteur, ceux-ci n'ayant pas à rechercher subjectivement les causes de non-paiement de dettes exigibles<sup>366</sup>. La solution de cet arrêt est objective et peut constituer une piste utile.

**217.** En réalité, l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible est constitutive de la défaillance<sup>367</sup>. Elle permet l'ouverture du redressement judiciaire du débiteur et la mise en œuvre de la garantie de cautionnement indépendamment de tout recours contre le débiteur qui, dans ce cas de figure, jouit d'une « grâce » légale. Cette défaillance ne résulte pas seulement d'un simple arrêt matériel des paiements. Elle n'est pas caractérisée non plus par un simple refus de paiement à l'échéance<sup>368</sup>. La jurisprudence française précise que c'est l'absence de trésorerie nécessaire à l'apurement du passif de la dette qui caractérise la cessation des paiements<sup>369</sup>, et une simple insuffisance d'actif ne saurait suffire<sup>370</sup>. La doctrine a pu traduire

<sup>365</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, n° 1120, p. 141.

<sup>366</sup> Aix-en-Provence, 24 juin 1984, *D.* 1984, IR, p. 6, obs. A. HONORAT

<sup>367</sup> La preuve de l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec l'actif disponible peut se faire par tous les moyens. La cour de cassation avait ainsi approuvé une cour d'appel qui, ayant relevé que le débiteur n'avait pas réglé diverses cotisations fixées par décisions judiciaires et que selon l'acte d'huissier, non sérieusement contesté, il n'existait pas d'éléments saisissables, a déduit qu'au jour où elle statuait le débiteur était en état de cessation des paiements, Cass. com. 3 mai 1994, n° 1055 cité par le Dictionnaire permanent, préc.

<sup>368</sup> Cass. com., 25 fév. 1997, *D. Affaires* 1997, n° 15, p. 485 ; *Petites affiches* 1998, n° 56, p. 11, obs. D. GIRIBILA ; Cass. com., 23 nov. 1999, *Act. Proc. coll.*, 2000/1.

<sup>369</sup> Cass. com., 20 juin 1998, *Rev. proc.* 1998, n° 88, p. 11.

<sup>370</sup> Cass. com., 26 mai 1998, *Quot. Jur.*, 1998, n° 53, p. 3.

cette situation de fait en désignant la cessation des paiements par la formule « balance comparative » entre l'actif disponible et le passif exigible<sup>371</sup>. Le constat de l'existence d'un passif important ne suffit pas à déclencher la procédure de redressement. De même, il importe peu de constater l'existence d'actifs immobilisés ou de prendre en considération l'espoir futur d'un redressement du débiteur. Mais il s'agit de rechercher l'existence de liquidités suffisantes pour faire face aux dettes exigibles, conformément aux devoirs d'exactitude et de ponctualité qui « dominant » la vie des affaires.

**218. L'indifférence de la garantie de cautionnement sur la constatation de la défaillance.** La défaillance traduite par la cessation des paiements sera donc constatée même lorsque le débiteur principal est garanti par un tiers, notamment la caution, dont la fonction est de payer à sa place<sup>372</sup>. Dans un arrêt daté du 17 juin 1997<sup>373</sup>, la Cour de cassation française avait ainsi considéré que dès lors qu'un débiteur ne disposait d'aucun actif disponible, que le passif exigible s'élevait à 1 300 000 F, que son compte courant était débiteur, que divers engagements de caution qu'il avait contractés étaient devenus exigibles, et qu'il ne disposait pas d'une réserve de crédit lui permettant de faire face à son passif exigible, la Cour d'appel a pu caractériser l'état de cessation des paiements. Solution débouchant sur une conception étroite de l'actif, cette conception conduit à soumettre un débiteur à une procédure collective même si ce dernier disposait d'un important patrimoine immobilier, mais qui n'est pas réalisable à court terme, d'autant plus que des immobilisations réalisables plus ou moins rapidement ne sauraient constituer des liquidités.

**219. La défaillance : un résultat instantané du non-paiement de la créance même cautionnée.** A suivre de près le schéma évolutif, le législateur, tant en droit uniforme qu'en droit français, invite à constater un état purement comptable révélant une insuffisance d'actif pour répondre au passif corrélatif<sup>374</sup>. Cette incapacité est traduite en termes comptables et économiques, ce qui en fait une notion objective<sup>375</sup>, en elle-même économique plus que

<sup>371</sup> Y. CHAPUT, *op. cit.*, n° 259, p. 205.

<sup>372</sup> Il a été jugé que l'existence d'une garantie à première demande consentie au profit du créancier poursuivant n'avait aucune influence sur l'appréciation de l'état de cessation des paiements du débiteur, Cass. com., 26 juin 1990, *JCP G* 1990, I, n° 20334 ; *JCP G* 1991, I, n° 44, obs. Ph. PETEL ; *RJ com.* 1990, n° 1301, p. 3, note J.-M. CALENDINI ; *D.* 1991, Jur. p. 574, note P. MORVAN ; *D.* 1994, somm. p. 2, obs. F. DERRIDA.

<sup>373</sup> Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 193.

<sup>374</sup> B. SOINNE, « Surendettement et faillite : unité ou dualité des régimes », *Rev. proc. coll.*, 1998, p. 1 et s. spéc. p. 5 ; B. SOINNE, *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 77.

<sup>375</sup> Cass. com., 27 avril 1993, *Bull. civ.* IV, n° 154, p. 107. D'après cette conception, seul serait en cessation des paiements le débiteur qui ne peut pas payer non celui qui ne veut pas payer. Y. Guyon (*op. cit.*, n° 1120, p. 140) relève que le redressement judiciaire n'aurait plus de vertu intimidante vis-à-vis du débiteur solvable et de mauvaise foi.

juridique<sup>376</sup>. Elle se présente davantage comme un constat instantané des difficultés, ne témoignant pas toujours d'une situation gravement compromise<sup>377</sup>. Dès lors, la défaillance ne se limite plus à la cessation des paiements, mais s'exprime en tant qu'instrument ou clignotant pouvant se révéler dès la phase préventive des difficultés. Mais elle peut aussi être maniée comme un épiphénomène d'une situation qui pourra ou non révéler un état d'insolvabilité<sup>378</sup>. Dans tous les cas, le législateur, en retenant à l'article 2 AUS la défaillance du débiteur pour réclamer le paiement de la dette à la caution, la fait coïncider avec les procédures collectives de paiement et privilégie la finalité de la garantie sur la règle de l'accessoire. A ce titre, l'impossibilité de paiement du débiteur autorise le juge à prendre des mesures relatives à la vérification de son passif. Ces mesures affectent inévitablement l'engagement de la caution. Celle-ci sera donc tenue plus sévèrement que le débiteur principal.

## **Paragraphe 2 - L'incidence des mesures relatives à la vérification du passif du débiteur principal sur la caution**

**220. Suspension des poursuites individuelles et interdiction des paiements.** Par réflexe, le caractère accessoire attaché au droit du cautionnement permet à la caution de se prévaloir des exceptions invocables par le débiteur principal d'une façon classique. Cependant, le traitement des difficultés du débiteur issu du droit OHADA remet en cause cette conception classique du cautionnement en droit commun. L'ambition première des procédures collectives contemporaines consistant à redresser la situation des entreprises, elle ne pourra être atteinte que par le biais de mesures exorbitantes du droit commun des obligations, consenties judiciairement pour leur mise en œuvre.

**221.** A cet égard, la nécessité économique de sauver ou de redresser le débiteur emporte dans une large mesure des incidences juridiques sur les droits des créanciers qui trouveront dans la mise en œuvre des sûretés personnelles, notamment le cautionnement, le paiement de leur créance. Les mesures relatives à la vérification du passif conduisent le juge, sur habilitation du

---

<sup>376</sup> E. TEYNIER, « La règle du droit de la faillite et le sort économique des entreprises défaillantes », *RTD com.* 1985, p. 57. Cette définition serait difficile à appliquer aux débiteurs qui n'ont pas une obligation comptable spécifique, notamment, les particuliers et les commerçants du secteur informel.

<sup>377</sup> La cessation des paiements n'équivaut pas à la situation irrémédiablement compromise, notion utilisée dans le cadre de l'application de l'art. L. 313-12 du code monétaire et financier, permettant au banquier de rompre, sans préavis, un concours à durée indéterminée accordé à une entreprise si cette situation est avérée.

<sup>378</sup> G. MORRIS-BECQUET, *L'insolvabilité*, thèse préc., n° 147, p. 144 ; Cl. NANTERM et G. PONCEBLANC, « L'opportunité d'avoir caractérisé légalement la notion de cessation : une opportunité qui n'est pas sans risques », *Gaz. Pal.* 1986, I, doct. p. 661.

législateur, à interdire le paiement des créances et à suspendre les actions individuelles (A), mesures qui, au total, n'ont pas vocation à profiter à la caution (B).

## **A- L'interdiction des actions individuelles contre le débiteur principal**

**222. L'élément judiciaire s'imposant à tous les partenaires du débiteur.** La décision d'ouverture du redressement judiciaire emporte la suspension des poursuites individuelles à l'encontre du débiteur principal afin de préserver l'égalité des créanciers (1). L'interdiction est faite au débiteur de désintéresser les créanciers antérieurs, même la caution devenue créancière, à l'ouverture de la procédure collective (2).

### **1- La suspension des poursuites individuelles et des voies d'exécution**

**223. L'arrêt des actions en justice.** Afin d'éviter que le paiement des créances ne soit « le prix de la course », le droit uniforme portant organisation des procédures collectives prévoit, en son article 75, que la décision constatant la défaillance du débiteur principal suspend ou interdit les actions individuelles ainsi que les voies d'exécution dirigées contre le débiteur. Il s'agit d'une règle d'ordre public destinée non seulement à garantir un paiement ordonné et égalitaire des créanciers regroupés en masse mais aussi à préserver l'actif du débiteur, et donc à favoriser son éventuel sauvetage.

**224.** La règle de l'arrêt des actions en justice vise explicitement d'abord « *les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances* ». La forme choisie par le créancier pour faire reconnaître ses droits ou obtenir paiement est sans importance. Ainsi, seront arrêtées, non seulement, les actions au fond, notamment, l'injonction de payer<sup>379</sup>, mais aussi toutes les actions en référé<sup>380</sup>. De la même façon, l'objet de l'action importe peu dès lors qu'il s'agit d'obtenir le paiement d'une créance ou de reconnaître des droits en relation avec une créance. A cet égard, seront également suspendues, les actions en répétition de l'indu<sup>381</sup>, ou en dommages et intérêts<sup>382</sup> ou, enfin, d'une caution<sup>383</sup>. La jurisprudence française a étendu la règle

<sup>379</sup> Cass. com., 19 janv. 1993, *RJDA*, 1993, n° 558.

<sup>380</sup> Lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, le juge des référés peut accorder au créancier une provision ; Paris, 14 oct. 1987, *D.* 1988, somm. 146, obs. A. HONORAT ; Versailles, 14<sup>e</sup> ch., 7 juin 1991, *RJDA*, 1991, 727 ; Paris, 14<sup>e</sup> ch. B, 24 avril 1998, *D.* 1998, IR, 141 ; *Rev. proc. coll. civ. et com.*, 1999, 118, n° 3, obs. F. MACORIG-VENIER.

<sup>381</sup> Cass. soc., 7 mars 1996, *Rev. proc. coll.* 1997, 43, obs. F. MACORIG-VENIER.

<sup>382</sup> Cass. com., 12 fév. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 67 ; Cass. com., 28 mars 1995, *Bull. civ.* IV, n° 104 ; *Rev. proc. coll.* 1996, 69, n° 1, obs. F. MACORIG-VENIER ; Cass. com., 29 avril 1996, *Bull. civ.* IV, n° 173.

<sup>383</sup> Cass. com., 6 juin 1995, *RJDA*, 1995, n° 1441.

de suspension des actions à l'inexécution d'une obligation de faire car les actions tendant à l'exécution d'une obligation de faire, en cas d'inexécution, se résolvent, aux termes de l'article 1142 du Code civil, en la condamnation du débiteur au paiement des dommages et intérêts<sup>384</sup>. Ces solutions peuvent, par utilité, être transposées en droit uniforme. Il s'ensuit que les engagements de faire cautionnés, pris par le débiteur dans le concordat préventif, non exécutés, seront passibles d'une telle sanction. Mais l'action ne pourra point être intentée à ce moment précis de la procédure qui fige les droits des créanciers et de la caution. Quant aux actions en nullité ou en résolution, elles sont écartées du champ d'application de la règle d'interdiction des poursuites ; mais les actions relatives aux voies d'exécution sont interdites.

**225. L'arrêt des voies d'exécution.** L'article 75, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'AUPC interdit également « toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement exercées par les créanciers composant la masse sur les meubles et les immeubles ». Le législateur vise tant l'interdiction des voies d'exécution, ce qui interdit de les entamer, que l'arrêt des voies d'exécution, ce qui interdit de les poursuivre<sup>385</sup>. La terminologie usitée par le législateur selon laquelle « la décision suspend ou interdit » les voies d'exécution autorise à faire cette précision. Cette position rejoint celle de M. Sawadogo qui soutient qu' « il convient de partir de la finalité poursuivie et de se demander si celle-ci est d'ores et déjà atteinte, auquel cas la saisie ne peut être remise en cause, ou si elle reste à parfaire, auquel cas, la suspension ou l'arrêt des poursuites empêche sa finalisation »<sup>386</sup>. Dans cette logique, les voies d'exécution qui ne peuvent plus être poursuivies doivent faire l'objet d'une mainlevée de la part des créanciers saisissants<sup>387</sup>. Il en découle que les saisies-conservatoires sont suspendues tant qu'elles n'ont pas été transformées en saisie-attribution ou en saisie-vente<sup>388</sup>. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation française du 19 mai 1998 a pu décider que la procédure de saisie-vente ne s'achevant que par la vente des biens saisis, qui fait sortir les biens du patrimoine du débiteur, les dispositions de l'article 54 de la loi du 9 juillet 1991 n'ayant pour objet que de déterminer les créanciers admis à concourir sur le prix de la vente, dès lors, la règle d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles

---

<sup>384</sup> Cass. com., 6 juin 1995, *Bull. civ.* IV, n° 166; *JCP E* 1995, I, 513, n° 16, obs. P. PETEL; *RTD com.* 1996, 336, observations critiques A. MARTIN-SERF : statuant sur l'engagement pris par une société de se substituer à une caution.

<sup>385</sup> Dans le même sens, J.-P. SENECHAL, « Procédures civiles d'exécution et procédures collectives », *Petites affiches*, 22 déc. 1999, n° 254, 34.

<sup>386</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 210, p. 207.

<sup>387</sup> Paris, ch. A, 12 déc. 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, 221, n° 6, obs. P. CANET; pour une saisie conservatoire dont il a été donné mainlevée faute de pouvoir la convertir en saisie définitive: Cass. com., 4 janv. 2000, *Act. proc. coll.*, 2000/5, n° 48.

<sup>388</sup> Cass. com., 2 fév. 1999, *D.* 1999, IR, 63; Cass. com., 31 mai 1998, *Rev. proc. coll.* 1998, n° 13, 139, obs. R. PERROT.

s'applique tant que cette procédure n'a pas, par la vente, produit ses effets<sup>389</sup>. Cette solution confirme une construction jurisprudentielle vivement critiquée tant en droit OHADA<sup>390</sup> qu'en droit français<sup>391</sup>.

**226.** Au demeurant, la saisie-attribution d'une créance à exécution successive pratiquée à l'encontre du débiteur avant la survenance du jugement de redressement judiciaire poursuit ses effets sur les sommes échues postérieurement à ce jugement, en vertu de cette créance, sans se voir opposer la règle de la suspension des poursuites individuelles. Dans ce cas de figure, l'acte de saisie emporte attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie et de ses accessoires. La survenance d'un jugement portant ouverture d'un redressement du débiteur ne peut pas remettre en cause cette attribution<sup>392</sup>. En plus de la suspension des actions et des voies d'exécution, le paiement des créances antérieures est interdit au débiteur défaillant.

## **2 - L'interdiction des paiements**

**227. Une solution classique reprise par le droit uniforme.** L'interdiction faite au débiteur de payer les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture est une règle classique caractéristique du droit des procédures collectives que l'Acte uniforme ne pouvait que maintenir<sup>393</sup>. Conséquence du dessaisissement ou de l'assistance du débiteur défaillant, la règle de l'interdiction des paiements a pour l'intérêt majeur de fixer le passif au jour du jugement d'ouverture de la procédure afin de faire le point le plus précis possible sur la situation du débiteur<sup>394</sup>. En pratique, les demandes en paiement sont le fait des créanciers qui n'ont pas de

<sup>389</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 19 mai 1998, *D.* 1998, 405, concl. TATU.

<sup>390</sup> Pour une étude globale sur la question, voir, Arrêt époux Karnib, CCJA, 11 octobre 2001, n° 002/2001 ; *Rev. camerounaise du droit des affaires*, janvier-mars 2002, n° 10; Circulaires n° 258 et 259 du 19 juin 2001 du Garde des sceaux ivoirien relatives à l'exécution provisoire et à l'exécution des décisions de justice, *Actualités juridiques*, *Rev. mensuelle de l'AIDD*, n° 20, octobre 2001, p. 14 ; CCJA, 19 juin 2003, n° 012, 013 et 014/2003 ; F. O. ETOUNDI, « Quel est le sort des défenses à l'exécution provisoire dans les Etats membres de l'OHADA ? », *Actualités juridiques*, n° 47, 2005, p. 64 ; Ch. DOGUE, « Une nouveauté déplorable : la prohibition des défenses à exécution provisoire », *ohada.com/ohadata*, D-02-23, p. 1 ; *Actualités juridiques*, n° 28, juin 2002, p. 5. Cass. Ass. Plén., 24 fév. 2006, *Petites affiches*, 23 fév. 2007, n° 40, p. 10, note L. DUONG « l'exécution d'une décision de justice exécutoire à titre provisoire n'a lieu qu'aux risques de celui qui la poursuit, à charge par lui, si le titre est ultérieurement modifié, d'en réparer les conséquences » ; F. O. ETOUNDI, *L'incidence du nouveau droit communautaire OHADA sur le droit interne de l'exécution des décisions de justice en matière non répressive : cas du Cameroun*, thèse de doctorat d'Etat en Droit Privé, 2005, p. 200 et s.

<sup>391</sup> B. SOINNE, « L'impossible poursuite après jugement de redressement ou de liquidation des effets d'une saisie attribution opérée antérieurement », *Petites affiches*, 1<sup>er</sup> nov. 1996, p. 4

<sup>392</sup> Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 10 juill. 1996, *D.* 1996, 625, note P. ANCEL ; Ch. mixte, 22 nov. 2002, *JCP G*, 2003, I, 144 ; *JCP E* 2003, 760, obs. M. CABRILLAC ; *JCP E* 2002, 397, note D. LEGEAIS ; *D.* 2003, 445, note Ch. LARROUMET ; *RTD civ.* 2003, 146, obs. R. PERROT et p. 331, obs. P. CROCCQ.

<sup>393</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 210, p. 206.

<sup>394</sup> F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, *op. cit.*, n° 147.

titre exécutoire<sup>395</sup>, ni de sûreté tandis que l'exercice des voies d'exécution intéresse ceux qui en sont munis. La règle de l'interdiction des paiements peut être assimilée à une véritable « radiographie » de la situation financière du débiteur permettant d'établir un diagnostic de redressement sans que les actes intempestifs viennent compromettre son avenir<sup>396</sup>. L'interdiction des paiements des créances nées avant le jugement concerne toutes les créances, qu'elles aient ou non leur origine dans l'exploitation de l'entreprise, qu'elles soient chirographaires<sup>397</sup> ou garanties par une sûreté<sup>398</sup> ou, encore, qu'elles soient échues ou comportant une échéance postérieure au jugement<sup>399</sup>.

**228. Une règle admettant des dérogations.** Le droit uniforme autorise la possibilité pour le débiteur ou le syndic, selon le cas, à payer une dette antérieure ou à retirer une chose remise en gage lorsque ce retrait ou ce paiement est justifié par la nécessité de poursuite de l'activité. L'article 52 AUPC affirme, dans ce sens, que le débiteur peut accomplir valablement seul les actes conservatoires et ceux de gestion courante entrant dans l'activité de l'entreprise. Le syndic aussi peut y procéder, en cas de refus du débiteur, mais à condition d'y être autorisé par le juge-commissaire. « *Il en est ainsi notamment, lorsqu'il s'agit de prendre des mesures conservatoires, de procéder au recouvrement des effets et des créances exigibles (...)* ». L'emploi par le législateur de l'adverbe « notamment » peut laisser supposer qu'il s'agit d'une énumération indicative et non limitative des mesures pouvant permettre la possibilité de paiement des cautions ayant désintéressé le créancier.

**229.** Seulement, le paiement effectué en violation de l'interdiction sera annulé, ce qui revient à affirmer que dans ces conditions, le justiciable ayant un intérêt, notamment la caution, s'engagera à la sagesse du juge de la CCJA, qui devra apprécier l'opportunité ou non du paiement des cautions. Il en sera ainsi lorsque le refus de désintéresser la caution ayant payé le créancier

<sup>395</sup> Aux termes de l'article 33 AUBE, « *constituent des titres exécutoires :*

1° - *les décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles qui sont exécutoires sur minute ;*

2° - *les actes et décisions juridictionnelles étrangers ainsi que les sentences arbitrales déclarées exécutoires par décision juridictionnelle, non susceptibles de recours suspensif d'exécution de l'Etat dans lequel le titre est invoqué ;*

3° - *les procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ;*

4° - *les actes notariés revêtus de la formule exécutoire ;*

5° - *les décisions auxquelles la loi nationale de chaque Etat partie attache les effets d'une décision judiciaire ».*

<sup>396</sup> Y. CHAPUT, *op. cit.*, n° 113, p. 125; F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1997, n° 176, p. 151 ; J. BUSSY (*Droit des affaires*, préc., p. 594) fait remarquer que « *cette mesure provisoire a pour but de préserver le débiteur des demandes harassantes de ses créanciers afin de faciliter le redressement de son entreprise* ».

<sup>397</sup> Cass. com., 9 juill. 1996, *D. Aff.* 1996, 1037.

<sup>398</sup> Cass. com., 9 avril 1991, *D.* 1992, somm. 256, obs. F. DERRIDA ; *JCP E*, 1991, I, 102, n° 19, obs. M. CABRILLAC et II, 232, note P. LE CORRE; com., 11 avril 1995, *Bull. civ.* IV, n° 124 ; *JCP G* 1996, I, 3896, n° 4.

<sup>399</sup> Cass. com., 8 juin 1993, *Bull. civ.* IV, n° 233 ; Com., 11 mai 1999, *Bull. civ.* IV, n° 98 ; *JCP E* 1999, p. 1532, obs. M. CABRILLAC ; *JCP G* 2000, II, 10278, note LE MAIGAT ; *RTD com.* 2000, 174, obs. A. MARTIN-SERF.

bénéficiaire de la garantie risque de compromettre le dénouement de la procédure. L'ensemble des mesures analysées influence considérablement la dette cautionnée. Or, le législateur interdit à la caution, dans cette hypothèse, de se prévaloir de ce moyen de défense accordé au débiteur principal.

## **B- L'interdiction d'extension de la suspension des poursuites à la caution**

**230. La conception dualiste du cautionnement face à la charge du risque survenu.** Les mesures de vérification de la créance du débiteur principal ayant altéré le droit substantiel du créancier bénéficiaire d'un cautionnement, la question essentielle est de savoir si le sort de l'engagement accessoire doit suivre celui de la dette cautionnée. La réponse à cette interrogation, *a priori* facile, est révélatrice d'un contraste toujours inhérent à l'opération de cautionnement entre la nature accessoire de la sûreté et sa finalité. Il n'est jamais contesté, en théorie, que le cautionnement est un engagement accessoire au contrat de base. Seulement, il est difficile, en pratique, de distinguer les hypothèses dans lesquelles la caution peut se prévaloir du caractère accessoire de son engagement et celles où elle ne le peut pas. Mais le plus délicat est de trouver le fil conducteur qui permet d'expliquer ces différentes solutions. Les mesures interdisant le paiement des créances et suspendant les actions altèrent le droit substantiel et de poursuite des partenaires économiques et financiers contre le débiteur défaillant. M. Béhar-Touchais, établissant une relation entre le débiteur principal défaillant et le banquier créancier relativement à la règle de l'accessoire, affirme que le risque de droit d'altération du droit de créance dû à la procédure collective s'apparente à la notion de risque en droit des obligations<sup>400</sup>. Quand une chose disparaît par le cas fortuit, on se demande quel contractant va supporter les risques de la chose ; ce sera le propriétaire en vertu de la règle *res perit domino*, ou le débiteur, en vertu de la règle *res perit debitori*. Si la procédure collective est à la créance ce que le cas fortuit est à la chose, si le cas fortuit peut entraîner la disparition de la chose, la procédure collective aussi peut entraîner l'altération, voire l'extinction du droit de créance. Dès lors, au lieu de répartir au nom de la justice distributive la charge du risque, on cherche plutôt, hier comme aujourd'hui, à déterminer sur qui pèse le risque de droit de créance, conduisant à privilégier la fonction de la garantie.

**231. La primauté de la finalité de la sûreté sur la règle de l'accessoire.** Sous l'empire de la loi française de 1985, la suspension des poursuites individuelles figurait parmi les mesures

---

<sup>400</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, art. préc., p. 737.

envisagées, dotée d'un domaine d'application large, dans l'optique de laisser le répit nécessaire à l'établissement du bilan et du plan de redressement du débiteur en difficulté. Une solution traditionnelle<sup>401</sup>, approuvée par la doctrine<sup>402</sup>, veut que la caution ne puisse pas échapper aux poursuites dont elle fait l'objet en invoquant la suspension des actions contre le débiteur principal résultant du jugement d'ouverture de la procédure.

**232.** Le principe du refus d'extension de la suspension des poursuites individuelles à la caution, déjà admis sous les anciennes législations, prévalait donc sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, où la caution, extérieure à la procédure collective, ne pouvait se prévaloir de la suspension énoncée par l'article 47<sup>403</sup>. Poursuivant son chemin au cours de l'histoire, la règle de l'interdiction du bénéfice de l'exception de la suspension des poursuites individuelles n'a pas été remise en cause par la modification de l'article 55 effectuée par la loi du 10 janvier 1994. Cette loi a, au contraire, introduit une nouvelle idée de sa pérennité par la distinction entre « les cautions personnes physiques » et « les cautions personnes morales ». Par conséquent, dès lors que la dette garantie est arrivée à terme, l'ouverture d'une procédure collective de redressement à l'encontre du débiteur cautionné ne fait pas obstacle à l'action du créancier contre la caution<sup>404</sup>, et ce, quand bien même la créance n'aurait pas encore été admise au passif<sup>405</sup>. Cette position tient en échec la conception traditionnelle du cautionnement regardé comme un contrat lié au rapport fondamental par l'effet d'homogénéisation de la norme de l'accessoire, aboutissant à un principe de simultanéité d'exigibilité entre l'obligation cautionnée et la garantie de cautionnement général.

**233.** Or, dans le souci d'encourager les dirigeants sociaux, honnêtes mais malheureux, garantissant les dettes de leur entreprise, à déposer rapidement le bilan, le législateur français

---

<sup>401</sup> Bastia, 15 juin 1915, *DP*. 1916, II, 21 ; Req., 23 juill. 1929, *DP* 1931, I, 73, note HOLLEAUX ; Req., 28 fév. 1939, *S.* 1939, I, 161, note crit. ROUBIER ; cass. com., 27 mars 1990, *D.* 1990, 494, note HONORAT ; Cass. com., 16 fév. 1993, *JCP G* 1993, IV, 989 ; *D.* 1993, IR, 101.

<sup>402</sup> Ch. BEUDANT et R. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, tome XIII, *Les sûretés personnelles*, 2<sup>e</sup> éd., par Voirin, Paris, 1948, n° 96.

<sup>403</sup> Cass. com., 27 mars 1990, *Bull. civ.* IV, n° 97 ; *D.* 1990, J. 494, note A. HONORAT ; Cass. com. 16 fév. 1993, *Bull. civ.*, n° 58 ; *D.* 1993, *Somm. com.*, 310, obs. L. AYNES.

<sup>404</sup> A. LIENHARD, « Le cautionnement dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *Rev. proc. coll.*, 1988, p. 121 et s., spéc. p. 123 ; Ch. MOULY et M. CABRILLAC, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, 214-6.

<sup>405</sup> M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 16, 214 et n° 220-4 ; Cass. com., 16 fév. 1993, préc. ; voir le soutien de la doctrine, selon laquelle les termes dans lesquels sont combinés le droit de poursuite immédiat du créancier contre la caution et l'obligation dans laquelle se trouve le créancier de déclarer sa créance, interdisent à la caution de solliciter une décision de sursis à statuer jusqu'au résultat de la vérification. La position est très nette pour une caution solidaire, Com. 30 juin 1987, *JCP G* 1987, IV, n° 310 ; *Banque*, 1987, p. 1207, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Cass. com., 16 fév. 1993, préc. Une position plus nuancée, G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, *Les sûretés, la publicité foncière*, préc., n° 595 ; Ph. DELEBECQUE, « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », *JCP N* 1986, 190, n° 30.

avait accordé aux cautions personnes physiques le bénéfice de la règle de la suspension des actions en exécution jusqu'au jugement arrêtant le plan de continuation ou prononçant la mise en liquidation de l'entreprise<sup>406</sup>. Ainsi, pendant la période d'observation les poursuites individuelles sont suspendues à l'encontre des cautions personnes physiques. Elles bénéficiaient donc d'une protection plus renforcée d'autant plus qu'à l'issue de la période d'observation, elles pouvaient encore solliciter des délais ou des différés de paiement dans la limite de deux ans. Cette situation avait été regardée comme une faible contrepartie des sacrifices imposés aux créanciers, qui ont cependant la possibilité de prendre des mesures conservatoires<sup>407</sup>. Mais ils ne peuvent plus agir contre une caution ordinaire après le jugement d'ouverture de la procédure, à moins qu'elle ne débouche directement sur une procédure de liquidation des biens<sup>408</sup>. Le droit uniforme est intervenu dans un tel contexte en interdisant aux cautions, quelles qu'elles soient, de se prévaloir des mesures consenties au débiteur principal dans le cadre des procédures collectives<sup>409</sup>.

**234. Un droit positif inachevé par la mise en scène d'un conflit constant.** Rapprochant le droit du cautionnement du droit des procédures collectives, le législateur du droit uniforme a prévu à l'article 24 AUS que « *la caution peut agir en paiement contre le débiteur principal ou demander la conservation de ses droits dans le patrimoine de celui-ci, avant même d'avoir payé le créancier : (...) lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements ou en déconfiture ;* ». Or, justement, dans le cadre de la constatation de la cessation des paiements par le juge en vue de prononcer le redressement du débiteur, l'article 75 AUPC « *interdit ou suspend toutes les poursuites individuelles* » sans préciser si elle profite ou non à la caution. De plus, l'article 18, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'AUS dispose que « *toute 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 remises consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives* ». La suspension des poursuites et l'interdiction des paiements semblent, à coup sûr, différer ou éteindre dans une certaine mesure

<sup>406</sup> Y. CHAPUT (art. préc., n° 73 ), « La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises »; Y. CHAPUT (art. préc., p. 503 ), « Le dirigeant social, nouveautés relatives aux sanctions et au nouveau régime des cautions » ; E. BROCARD, « La loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises. Brèves remarques sur la situation de la caution », art. préc., p. 169 ; J. DEVEZE, « Le cautionnement des entreprises en difficultés. Brèves observations sur la loi du 10 juin 1994 », *Petites affiches*, 1994, n° 122, p. 10 et s.

<sup>407</sup> Cette possibilité entraîne une difficulté de coordination avec l'article 215 du décret du 31 juill. 1992, imposant au créancier dépourvu de titre exécutoire, de procéder à l'accomplissement des formalités indispensables à son obtention dans le mois suivant l'exécution de la mesure conservatoire à peine de caducité. Sur le problème, le Garde des sceaux français d'alors avait affirmé que « *le délai de caducité prévu par l'article 215 du décret visé se trouve lui-même suspendu en cas d'application de l'article 55 de la loi du 25 janvier, la mesure conservatoire prise opérant pour la durée de la suspension des poursuites à l'encontre de la caution* », Rép. Min. n° 572, JO, Sénat Q, 11 déc. 1997, p. 3477 ; *D. Aff.*, n° 103, p. 207.

<sup>408</sup> G. RIPERT et ROBLLOT, par M. GERMAIN et Ph. DELEBECQUE, préc., n° 2975.

<sup>409</sup> Article 18 AUS.

la créance ou ses accessoires. Mais cette disposition non plus n'interdit formellement le bénéfice par la caution de la suspension des poursuites et de l'interdiction des paiements dans le cadre du redressement judiciaire.

**235. La suspension des poursuites individuelles et la règle de l'inopposabilité des exceptions.**

Doit-on admettre que la suspension des poursuites et l'interdiction des paiements constituent une exception personnelle au débiteur pour interdire son bénéfice à la caution ou faut-il les englober dans la catégorie des mesures consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives ? L'admission de cette interdiction dans la rubrique des mesures consenties au débiteur principal dans le cadre des procédures collectives n'est pas concevable d'autant plus que l'article 18 AUS fait expressément référence aux « remises », laissant songer aux remises de dettes qui seront obtenues dans le cadre du concordat de redressement. Seulement, la référence faite par l'article 18 AUS aux « exceptions inhérentes à la dette qui appartient au débiteur principal » autorise à admettre l'existence, *a contrario*, d'exceptions personnelles au débiteur et qui ne profitent pas à la caution. D'après une certaine doctrine autorisée en droit OHADA représentée par MM. Anoukaha, Cissé-Niang, Foli, Issa-Sayegh et autres, l'Acte uniforme ne retient pas l'alinéa 2 de l'ancien article 2036 du Code civil, devenu 2313, qui interdit à la caution d'opposer au créancier les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal. Pour cette doctrine, « les précisions apportées sur les exceptions inhérentes à la dette rendent inutile la référence aux exceptions personnelles »<sup>410</sup>.

**236.** A suivre ce raisonnement, la suspension des poursuites individuelles et l'interdiction des paiements sont considérées comme des mesures propres au débiteur et destinées à faciliter son redressement. Circonscrite à l'obligation de la caution, cette situation est caractéristique d'une exception purement personnelle au débiteur que la caution ne peut opposer au créancier, en vertu de l'interprétation *a contrario* de l'article 18, alinéa 2 AUS. En revanche, la caution subira cette mesure de suspension des poursuites individuelles et d'interdiction des paiements lorsqu'elle exercera ses propres recours avant ou après paiement dans le cadre du redressement judiciaire.

**237.** S'agissant particulièrement des exceptions personnelles, les dispositions du Code civil et du droit uniforme semblent limiter leur portée. Les hypothèses de l'incapacité et de la déchéance du terme seules paraissent être envisagées par le texte de loi<sup>411</sup>. La doctrine s'accorde à reconnaître

---

<sup>410</sup> F. ANOUKAHA et autres, *OHADA. Sûretés, op. cit.*, p. 33.

<sup>411</sup> Ancien article 2012, al. 2, du Code civil ; D'après l'article 7, al. 1<sup>er</sup>, de l'AUS, « il est possible de cautionner, en pleine connaissance de cause, les engagements d'un incapable ».

à l'exception personnelle au débiteur une portée limitée. Pourtant, Pothier, en son temps, l'envisageait quasi exclusivement au sens de l'insolvabilité du débiteur ou de son extrême pauvreté, étendue à l'existence même ou aux modalités de l'obligation principale, saisie uniquement au stade de l'action en recouvrement<sup>412</sup>. M. Brocard est favorable à cette conception extensive primitivement élaborée<sup>413</sup>. Du reste, il est un farouche défenseur de la conception selon laquelle seul un texte légal exprès peut porter entorse au caractère accessoire du cautionnement. Or, il affirme, malheureusement, en s'alignant sur la position de M. Aynès et de Mme Honorat, que la suspension des poursuites individuelles et l'interdiction des paiements ne produisent pas d'effets sur l'existence de l'obligation cautionnée. Pour lui, ces mesures influent seulement sur l'action en recouvrement et sont justifiées par les impératifs de redressement du débiteur<sup>414</sup>. Cette analyse conforte l'éviction du droit du cautionnement par le droit des procédures collectives et le caractère dérogoire de celui-ci par rapport au droit commun des contrats. Plusieurs justifications ont été avancées au soutien de cette solution et non des moindres.

**238. Une interdiction fondée sur la force obligatoire des contrats.** Pour justifier la finalité de la garantie, l'article 1134 du Code civil est inlassablement brandi tel un bouclier à la puissance d'homogénéisation de la règle de l'accessoire<sup>415</sup>. L'exécution de l'engagement de la caution à l'échéance prévue au jour de sa constitution serait imposée par le principe de l'intangibilité du contrat et revigorée par celui de son interprétation stricte<sup>416</sup>. Il s'agirait de deux impératifs combinés qui assureraient le respect des prévisions initiales du cautionnement quant au moment de paiement, exprimant la part d'autonomie qui sied au contrat de cautionnement malgré son caractère accessoire. Mouly<sup>417</sup>, se débarrassant de *l'effet d'homogénéisation attaché au principe de l'accessoire*, pourtant retrouvé sous sa plume, au profit de la finalité de la garantie, a très tôt défendu l'interdiction de l'extension de la suspension des poursuites à la caution. Il a affirmé, dans ce sens que chaque fois que la fraction de la dette que le débiteur n'aura pas à acquitter immédiatement est fixée dans le cadre d'une procédure judiciaire, la caution ne peut invoquer le bénéfice de la mesure. Elle doit donc, lorsqu'elle est poursuivie en paiement par le créancier, régler la totalité de la dette cautionnée<sup>418</sup>.

---

<sup>412</sup> R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, tome 2, Paris, 1848, par BUGNET, préc., p. 201 et s. ; M. C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, préc., n° 386.

<sup>413</sup> E. BROCARD, thèse préc., n° 451, p. 241.

<sup>414</sup> L. AYNES, obs. sous cass. civ. 1<sup>re</sup>, 24 janv. 1990 et Paris, 8 déc. 1989, *D.* 1990, somm. 386 ; A. HONORAT, note sous, cass. com., 27 mars 1990 et 17 juill. 1990, *D.* 1990, 494 ; Ph. PETEL, note sous, cass. com., 13 nov. 1990, *JCP E* 1991, II, 114 ; L. GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 230.

<sup>415</sup> Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 443 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 220.

<sup>416</sup> M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 209.

<sup>417</sup> Ch. MOULY, thèse préc., n° 235.

<sup>418</sup> Ch. MOULY, thèse préc., p. 179.

**239. La prétendue limite *rationae temporis* de la référence au contrat de base.** En principe, en exigeant le paiement de la dette à la caution, alors que le débiteur lui-même jouit « d'une grâce de la loi », la caution sera tenue plus sévèrement que le débiteur principal. Certains, notamment, M. Grimaud, font remarquer, à ce stade de l'analyse, qu'en interdisant les cautionnements plus onéreux, le texte de l'ancien article 2013 du Code civil, devenu article 2290, semble ne viser qu'un moment : celui de la formation du contrat de cautionnement<sup>419</sup>. Ainsi, la restriction imposée n'affecterait que les prévisions initiales, appréciées à ce moment et ne saurait augurer de l'impact des modifications qui, une fois franchi le stade de la conclusion du cautionnement, déplaceraient le terme suspensif originaire de la dette principale dans l'échelle du temps. Or, l'affirmation, plus générale, mais, plus vague et imprécise de ce texte devrait permettre d'envisager, qu'en aucun moment, en aucun cas, la caution ne saurait être tenue plus sévèrement que le débiteur principal, excluant, au demeurant, toute possibilité de la contraindre à s'exécuter plus tôt que le débiteur principal. Cette position est trop rigoureuse et générale car elle ne fait aucune distinction entre le cautionnement de dettes présentes et le cautionnement de dettes futures, d'une part, et le cautionnement d'un engagement déterminé et le cautionnement de tous engagements du débiteur, d'autre part.

**240.** Le droit uniforme est très précis sur la question lorsqu'il prévoit à l'article 7, alinéa 3, de l'AUS que l'engagement de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal au moment des poursuites. Il s'ensuit que l'évaluation de la dette de la caution et son étendue seront appréciées par rapport au contrat de base au moment du paiement. Le débiteur principal ne pouvant être mis en cause conjointement avec la caution, l'autorisation légale de poursuivre la caution alors que toutes les actions et voies d'exécution sont suspendues contre le véritable débiteur ne permet plus d'évaluer la dette réclamée à la caution en contemplation du contrat de base.

**241. L'effet pervers de l'exclusion de la caution du bénéfice de la suspension des actions et l'interdiction des paiements.** La finalité de garantie inhérente à l'engagement de la caution reste incontestée et incontestable tant qu'existe le rapport fondamental. Cependant, la solution retenue et sa justification théorique ont manqué de cohérence et de politique législative. Les mesures ayant pour but de préserver l'actif du débiteur en retardant l'exécution de l'obligation principale, autrement dit, en différant le paiement de la créance avant de décider du sort de

---

<sup>419</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 122, p. 132.

l'entreprise, s'apparentent en une technique, aujourd'hui relativement désuète : le moratoire légal. Le moratoire s'entend d'une « mesure législative exceptionnelle et temporaire, collective et objective, intéressant une catégorie spéciale de débiteurs ou de dettes qui a pour objet d'accorder un délai de paiement, une suspension des mesures d'exécution forcée, etc, en raison de circonstances sociales graves rendant difficile l'exécution des obligations pour une durée fixée par la loi »<sup>420</sup>. Cette solution est un véritable épée de Damoclès, « couteau à double tranchant ». En vérité, la suspension des mesures d'exécution que constituent la suspension des poursuites et l'interdiction des paiements renferme, en elle, un effet pervers sur l'ambition de sauvetage de l'entreprise poursuivie par le législateur OHADA, lorsqu'elle n'est pas étendue à la caution. Pour s'en convaincre, il suffit de s'intéresser à l'analyse des comportements socio-psychologiques des cautions, qu'elles soient personnes physiques ou personnes morales.

**242.** Sur un plan socio-psychologique, en fait, si la caution est un dirigeant de l'entreprise ou le conjoint du dirigeant ou, encore, une société d'un groupe, l'action immédiate contre elle va mettre en péril une part importante de son actif. Cette position se justifie par le fait qu'à cette phase de la procédure, les chances de désintéressement des créanciers par le truchement de la continuation ou de la cession d'entreprise ne sont pas encore analysées. Si la caution est une personne physique, la menace des poursuites immédiates contre son patrimoine personnel peut l'amener à ne pas solliciter l'ouverture de la procédure afin d'éviter une action contre lui-même, son conjoint, parent, ou ami alors caution. Cette attitude, humainement compréhensible, est préjudiciable à l'objectif de redressement de l'entreprise et à la sauvegarde de l'emploi.

**243.** Sur un plan théorique, l'articulation des dispositions de l'article 75 AUPC interdisant les poursuites et les paiements contraste avec l'article 15, alinéa 2, de l'AUS qui institue l'obligation d'une mise en cause conjointe au créancier. Aux termes de cet article, « *le créancier ne peut poursuivre la caution simple ou solidaire qu'en appelant en cause le débiteur principal* ». Relativement à la règle de mise en cause conjointe, M. Issa-Sayegh fait remarquer qu'il est normal que le débiteur soit appelé en même temps que la caution, de manière à permettre à celle-ci de connaître les moyens et exceptions du débiteur et d'actionner celui-ci en paiement dans la même instance. Faute de procéder ainsi, l'action du créancier risque d'être

---

<sup>420</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Assoiacion Henri Capitant, 8<sup>e</sup> éd., 2000, v<sup>o</sup> « moratoire » ; P. SOUSTELLE, *Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, thèse Saint-Etienne, 1996, et son compte-rendu par E. PUTMAN, *RTD civ.* 1997, p. 820 ; E. DATRY, *L'échéance* (Délais de grâce et moratoires), thèse Lyon, 1945, p. 138, considérant que la crise économique, si grave soit-elle, ne doit pas être une cause de moratoire car insuffisamment objective ; E. J. LOKO-BALOSSA, « L'octroi judiciaire d'un délai de grâce », *RRJ Droit prospectif*, 1994-3, p. 807.

déclarée irrecevable ou de subir un sursis à statuer. Or, la caution aussi, avant de payer, a l'obligation de mettre en cause le débiteur afin de connaître ses exceptions pour pouvoir les utiliser. En payant le créancier sans mettre en cause le débiteur principal les exceptions relatives à une cause de forclusion de sa créance, soit pour défaut ou irrégularité de la déclaration peuvent nuire à la caution.

**244.** Il découle de ce qui précède que les modalités de recouvrement de la créance font désormais partie intégrante de la nature du cautionnement au même titre que les modalités quant à son *quantum*, contrairement à ce que certains laissent croire, en détachant le droit de poursuite du droit substantiel. L'imbrication du droit de poursuite au droit substantiel de la caution confirme, par conséquent, l'effectivité de l'altération du droit commun du cautionnement par la décision d'ouverture du redressement du débiteur.

**245. Conclusion de la section 1** - La défaillance du débiteur cautionné reste l'ultime moment de la manifestation des imperfections des tentatives d'explication des solutions proposées par le législateur pour écarter la caution du bénéfice des mesures accordées au débiteur par le juge sur habilitation de la loi. Cette interdiction aboutit à affirmer qu'il existerait dans le droit du cautionnement deux types de défaillance du débiteur : une défaillance qui n'est pas judiciairement constatée et qui maintiendrait le caractère accessoire du cautionnement et une défaillance judiciairement constatée, qui altère la conception du cautionnement. Cette dernière défaillance permet au débiteur d'obtenir du juge le droit de ne pas payer ses dettes, momentanément ou durablement, par le biais de la suspension des actions individuelles et l'interdiction des paiements. Cette solution rapproche le régime du cautionnement de celui d'une garantie indépendante. La remise en cause du caractère accessoire du cautionnement se manifeste également dans les remises consenties au débiteur pour l'apurement de son passif.

## **Section 2 - L'altération de l'engagement de la caution au stade de l'apurement du passif du débiteur**

**246. L'élément conventionnel : le concordat de redressement.** L'évolution législative de la situation du débiteur, traduite par le passage d'un droit de la faillite, sanction d'un débiteur fautif et organisant une voie d'exécution collective de ses biens, à un droit des entreprises en difficulté, destiné à préserver l'entité économique que représente l'entreprise, se concrétise par les mesures d'apurement du passif. La distinction de l'homme et de l'entreprise, indispensable à l'objectif poursuivi, aboutit à l'aggravation de la situation des créanciers munis de sûretés réelles, mais très

favorables aux créanciers bénéficiaires de sûretés personnelles. La constatation de la défaillance par le juge vise à autoriser la prise de mesures idoines pour la poursuite de l'activité des entreprises concernées. La continuation d'activité, totale ou partielle, nécessitée par l'apurement du passif du débiteur principal par l'élaboration d'un concordat de redressement contenant des remises pour permettre au débiteur de redevenir *in bonis*, à court ou moyen terme, n'est-ce pas la caution qui, par l'effet du concordat de redressement supportera, en définitive, l'ensemble des sacrifices consentis par les créanciers ? A l'origine, le code de commerce de 1807 était peu favorable au maintien des garanties dans le cadre du concordat de faillite. Cette situation peut s'expliquer par la philosophie du droit de la faillite.

**247.** Malgré le rôle curatif des procédures collectives contemporaines, il est interdit d'étendre les mesures concordataires au codébiteur et à la caution. Le cautionnement devient ainsi « *un instrument de gestion du risque* »<sup>421</sup> que constituent les difficultés des entreprises. Les remises consenties au débiteur sont donc assimilées par le législateur à des exceptions propres au débiteur cautionné et qui ne profitent pas à la caution (Paragraphe 2). Seulement, elles affectent inévitablement l'engagement de la caution au regard des relations tant avec le débiteur qu'avec le créancier (Paragraphe 1).

### **Paragraphe 1- L'incidence des remises consenties sur l'engagement de la caution**

**248. Les remises consenties au débiteur en question.** A l'instar de l'arrêt des poursuites individuelles et de l'interdiction des paiements, le droit des procédures collectives permet au débiteur d'obtenir un concordat de redressement. Son objectif est d'obtenir non seulement des délais de paiement et des remises de dette, mais également, de prendre toutes mesures juridiques, techniques et financières<sup>422</sup>, y compris la cession partielle de l'entreprise<sup>423</sup>, susceptibles de réaliser le rétablissement des conditions de fonctionnement normal de l'entreprise. Plongeant la réflexion dans les tréfonds des solutions émergées du concordat de redressement du débiteur, il en ressort que le droit des obligations semble innover l'ensemble du processus d'élaboration des mesures teintées d'une empreinte judiciaire. Néanmoins, le principe de l'égalité s'efface par moments devant celui de la liberté des créanciers<sup>424</sup>. Il en découle une incompatibilité avec le caractère accessoire du cautionnement.

---

<sup>421</sup> Locution employée par D. DANET, « Le dirigeant et l'omnibus », *RTD com.* 1994, p. 185.

<sup>422</sup> Article 127 AUPC.

<sup>423</sup> Article 131 AUPC.

<sup>424</sup> Articles 127, 129, 233, 244 et 245 AUPC.

249. Les mesures concédées au débiteur principal sont regardées comme des exceptions obtenues dans le cadre des procédures collectives contenues dans le concordat de redressement qui ne profite pas à la caution (A). Les cautions supportent ainsi la charge définitive des sacrifices consentis par les créanciers antérieurs au débiteur (B).

#### **A- Les remises concordataires consenties au débiteur par les créanciers**

250. **Précisions liminaires sur le concordat de redressement.** Pour apurer son passif, le débiteur obtient dans le concordat de redressement des remises de dette et des délais de paiement à l'issue du vote des créanciers sous la supervision du juge. Le concordat de redressement est sans nul doute la solution à laquelle l'Acte uniforme est parvenu pour extraire les créanciers du joug des nombreuses mesures de protection des cautions prévues par le droit commun du cautionnement. Déjà, dans le système en vigueur jusqu'à l'indépendance, voire jusqu'à l'entrée de nombre de pays dans l'espace macro-juridique que constitue l'OHADA, le concordat était possible aussi bien dans la liquidation judiciaire que dans la faillite mais nettement plus probable dans la première que dans la seconde<sup>425</sup>. Evoluant dans le sens de la spécialisation des procédures collectives, le droit français<sup>426</sup>, par contre, a opté pour une procédure de redressement de l'entreprise où le concordat était prévu et espéré dans le règlement judiciaire, selon la terminologie de 1955 et de 1967<sup>427</sup> ; une procédure de liquidation de l'entreprise, notamment, la faillite en 1955 et la liquidation des biens en 1967, où était exclu le concordat. Enfin, la loi de 1985, en voulant éviter de faire dépendre le redressement de l'entreprise du vote ou du bon vouloir des créanciers, a conduit à la suppression du concordat<sup>428</sup>, ressuscité par le droit uniforme africain.

251. **Une convention entre le débiteur principal et les créanciers.** Le concordat, qu'il soit obtenu dans la phase de prévention ou dans la procédure de redressement judiciaire, rencontre

---

<sup>425</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 277, p. 270.

<sup>426</sup> C. HOUIN, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *Liber amicorum, Mélanges Baron Louis Frédéricq*, 1965, p. 609.

<sup>427</sup> F. DERRIDA, « Concordat préventif et le droit français », in Dix ans de conférences d'agrégation, *Mélanges HAMEL*, préc., p. 489. L'auteur reconnaît que le droit positif français ne connaît pas d'institution propre organisant des « mesures préventives » de la faillite, mais un accord amiable du débiteur et des créanciers permettait de parvenir à ce résultat ; voir également PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations*, t. 1, n° 1291 et s.

<sup>428</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, « De la faillite au droit des entreprises en difficulté. Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle », in *Regards critiques sur quelques évolutions récentes du droit*, Les travaux de l'IFR, Mutation des Normes Juridiques, n° 2, Presses Universitaires des Sciences Sociales de Toulouse, t.1, Bilans, 2005, p. 390. Le critère de distinction entre les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens n'est plus la faute commise par le débiteur mais la possibilité de présenter un concordat sérieux. Le critère est le caractère redressable ou non redressable de l'entreprise.

des difficultés quant à sa qualification par rapport à la position de la caution au rapport de l'obligation cautionnée. La nature conventionnelle des mesures consenties au débiteur principal dans le règlement préventif est aisée à admettre en raison de son mode de formation, tandis que le concordat de redressement pose des problèmes du point de vue de son mode d'élaboration. Néanmoins, foncièrement, l'essentiel des accords a pour effet de modifier les obligations initiales (report d'échéances) en allant jusqu'à les éteindre (remises de dette), jamais totalement. Chaque partie reste libre de s'engager ou de ne pas s'engager : le débiteur détermine, en accord avec le syndic, les créances susceptibles de participer au concordat et, de leur côté, les créanciers conservent leur totale liberté d'accepter ou de refuser les propositions du débiteur<sup>429</sup>.

**252.** En conséquence, envisagé comme une convention conclue entre le débiteur et ses créanciers chirographaires et privilégiés, avec homologation de justice destinée à garantir son sérieux et sa viabilité, le *concordatum*<sup>430</sup> est un accord par lequel le débiteur principal présente un plan de règlement du passif et de redressement de l'entreprise qu'il exécutera une fois remis à la tête de ses affaires. C'est en réalité, un acte collectif, telle la convention collective en droit du travail, homologué par le juge après son adoption à une majorité qualifiée des créanciers et qui va s'imposer aux opposants, absents mais aussi aux cautions et coobligés. Deux situations peuvent se présenter lors de la formation des mesures concordataires soumises au vote des créanciers : il peut s'agir soit d'un concordat comportant une cession d'actif ou d'un concordat ordinaire.

**253. La particularité du concordat avec cession partielle d'actif.** Modalité de concordat consistant pour le débiteur à abandonner à la masse des créanciers tout ou partie de son actif moyennant remise de ses dettes, il trouve son antécédent dans le code de commerce tel qu'il avait été rendu applicable en Afrique pendant la période coloniale à travers le concordat par abandon d'actif<sup>431</sup>. En effet, l'article 541 du code de commerce, après avoir posé le principe selon lequel aucun débiteur commerçant n'est recevable à demander son admission au bénéfice de la cession des biens, revient à la charge et admet immédiatement une exception. Cette exception porte sur le concordat par abandon total ou partiel d'actif, formé suivant les mêmes

---

<sup>429</sup> G. WIEDERKEHR, « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes juridiques », *Mélanges RIEG*, Bruylant, 2000, 894 et s.

<sup>430</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2004, p.196. Avant la réforme de 1985 (qui ignore l'institution), convention de caractère collectif (et soumise à homologation du tribunal) par laquelle l'assemblée des créanciers chirographaires d'un débiteur en règlement judiciaire lui accorde (par un vote à une double majorité) soit les délais de paiement (concordat d'atermoiement), soit des remises d'une fraction uniforme de chacune de ses dettes chirographaires (concordat de remise), soit simultanément des délais et des remises, constituant avec l'union, l'une des solutions normales du règlement judiciaire.

<sup>431</sup> C. KOUASSI, *Traité des faillites et liquidations judiciaires en Côte d'Ivoire*, préc., n° 614.

règles et produisant les mêmes effets que le concordat simple<sup>432</sup>. Seulement, ce type de concordat, parce qu'il est une modalité particulière présentant des risques énormes pour les créanciers et pour les tiers, notamment les cautions, le droit uniforme a limité son domaine d'application. Le concordat avec cession partiel d'actif est limité à un « *certain nombre de biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles* » d'une grande valeur dont le prix peut permettre de régler substantiellement le passif<sup>433</sup>.

**254.** Cette solution recoupe, à la suite de la loi française de 1985, la cession en bloc, sous certaines conditions et de garanties. Les mesures concordataires peuvent prévoir, soit un règlement intégral des créances mais avec des délais, plus ou moins longs, soit un remboursement partiel immédiat (dividendes concordataires) ou, le plus souvent, une combinaison des deux procédés. Cependant, l'élaboration du concordat continue de dépendre dans une large mesure de la volonté des créanciers même, si le débiteur est placé sous protection de la justice.

**255. La formation du concordat de redressement.** Conformément aux articles 27, 28 et 29 AUPC, le débiteur fait une offre de concordat avant le jugement, devant la juridiction compétente. La juridiction saisie ouvre le redressement judiciaire lorsque la proposition de concordat est sérieuse ; le cas échéant, le juge prononce la liquidation des biens ou convertit le redressement en liquidation<sup>434</sup>. Les créanciers, après vérification des créances, obtiennent le droit de vote. Le schéma d'élaboration du concordat, comparable à la théorie de l'offre et de l'acceptation, est couronné par le système de vote, mais insérant fondamentalement le concordat dans la sphère contractuelle et se limitant aux parties prenantes. Cependant, le principe de l'égalité s'effaçant devant la liberté des créanciers, les mesures concordataires sont négociées en des termes inégaux selon les créanciers<sup>435</sup>. Mais le vote du concordat est déterminant et important dans la procédure de redressement, tant, il est précédé par la publicité de la proposition du concordat, suivi de la convocation des créanciers qui ont droit à une large information et de la consultation des créanciers munis de sûretés.

---

<sup>432</sup> Le concordat par abandon d'actif est annulé et résolu pour les mêmes causes que le concordat ordinaire. La liquidation des biens abandonnés se fait conformément aux dispositions relatives à de telles opérations.

<sup>433</sup> Il s'agit, d'après l'article 131, al. 2 AUPC, en fait, de la cession d'entreprise ou d'établissement, autrement dit, d'un ensemble de biens susceptibles d'une exploitation autonome permettant le maintien d'une activité susceptible de fonctionner par ses propres moyens, notamment une usine ou un immeuble de grande valeur dont la propriété n'est pas indispensable à l'exploitation de l'entreprise.

<sup>434</sup> La lecture de l'article 119, al. 2, de l'AUPC laisse penser que le dépôt de la proposition de concordat se fait postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure de redressement alors même que c'est sur le caractère sérieux ou non du concordat que le juge rend sa décision.

<sup>435</sup> Ph. TIGER, « Les procédures collectives après la cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA », art. préc., n° 205, p. 35.

**256. Les créanciers concernés.** La question qui se pose alors réside dans la catégorie de créanciers pouvant prendre part au vote du concordat, étant précisé qu'il s'agit forcément des créanciers antérieurs dans la masse. Aux termes de l'article 122 AUPC, les créanciers dont les créances ont été admises à titre chirographaire, définitivement ou par provision, peuvent prendre part au vote. Sont aussi concernés les créanciers munis d'une sûreté réelle n'ayant pas fait la déclaration prévue à l'article 120 AUPC<sup>436</sup>, qui peuvent sans renoncer à leur sûreté consentir des délais et remises différents de ceux proposés par le débiteur<sup>437</sup>. Mais plus énigmatique reste la situation des créanciers munis de privilèges généraux dans la mesure où l'Acte uniforme ne prévoit aucune disposition pouvant éclairer sur leur sort.

**257.** D'une façon générale, le vote est obtenu à la majorité en nombre des créanciers admis définitivement ou provisoirement, représentant la moitié du total des créances<sup>438</sup>, contrairement au code de commerce qui exigeait une majorité en nombre des créanciers représentant au moins les deux tiers en sommes. En réalité, les créanciers dans la masse bénéficiaires d'une caution ou d'un coobligé *in bonis* ont une position confortable. Il s'agit, somme toute, des hypothèses dans lesquelles un tiers est plus ou moins tenu au même engagement que le débiteur principal, notamment, la délégation imparfaite<sup>439</sup>, l'obligation solidairement souscrite par deux ou plusieurs personnes, l'engagement solidaire : effet de commerce, caution solidaire ou garant autonome<sup>440</sup>.

**258.** L'unicité du régime des garanties personnelles ou leur confusion est d'une grande utilité pour les créanciers. Certains auteurs sont d'ailleurs contre l'unité de régime des garanties personnelles car la différence de nature doit donner lieu à une différence de régime, sinon, il y aurait un « *mélange de genres* »<sup>441</sup>. Néanmoins, elle permet aux créanciers bénéficiaires d'un cautionnement de produire pour le montant total de la créance dans la procédure de

---

<sup>436</sup> Article 120 AUPC : « *Les créanciers munis de sûretés réelles spéciales, même si leur sûreté, quelle qu'elle soit, est contestée, déposent au greffe ou adressent au greffier, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, leurs réponses à l'avertissement prévu à l'article précédent* ». Selon le prof. SAWADOGO (*op. cit.*, p. 122), les créanciers doivent répondre en donnant leur accord aux propositions concordataires ou en accordant des remises et ou des délais différents de ceux prévus par la proposition de concordat, commentaire sous l'article précité.

<sup>437</sup> Cependant, lorsqu'ils sont dûment appelés et qu'ils ne participent pas au vote de l'assemblée, ils sont censés accepter le concordat.

<sup>438</sup> Article 125, al. 5, de l'AUPC.

<sup>439</sup> Ph. SIMLER, « L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée », *Mélanges J.-L. AUBERT*, p. 295.

<sup>440</sup> D. MARTIN, « L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.*, 1994, p. 50.

<sup>441</sup> Dans ce sens, A. CERLES, « Garanties bancaires : contre le mélange de genres », *D. Aff.*, 1998, p. 746 ; J.-L. BERGEL, « Différence de nature = (égale) différence de régime », *préc.*, p. 255 ; P. CROCCQ, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », *Mélanges Ch. MOULY*, p. 317.

redressement, d'accorder, ensuite, des délais et des remises au débiteur et de se retourner, enfin, contre la caution ou le coobligé, alors tiers au concordat, pour obtenir paiement complet de la dette garantie. Si les coobligés sont en état de cessation des paiements, le créancier peut produire dans toutes les masses pour le montant intégral de sa créance et participer aux distributions jusqu'à parfait paiement lorsqu'il n'avait reçu aucun paiement avant la cessation des paiements des coobligés<sup>442</sup>. En cas de paiement partiel préalable, il n'est compris dans la masse que sous déduction du montant de l'acompte perçu et il conserve, sur ce qui lui reste dû, ses droits contre le coobligé ou la caution. La nature conventionnelle du concordat de redressement reste discutable en raison de l'intervention du juge pour l'homologation du concordat. Cependant, en participant aux accords, les créanciers dont les créances sont garanties par le cautionnement ne perdent rien ; mieux, ils sont plus protégés, tandis que la caution, parce qu'elle acquiert la qualité de tiers à la convention de concordat, dans l'hypothèse envisagée, ne peut s'en prévaloir.

## **B- Le refus du bénéfice des mesures concordataires à la caution**

**259. Exclusion de la caution du bénéfice des remises affectant la dette garantie.** Le législateur a baptisé les mesures concordataires « les remises consenties dans le cadre des procédures collectives ». Deux dispositions consacrent la distinction « des remises consenties dans le cadre des procédures collectives » des « exceptions inhérentes à la dette et qui appartiennent au débiteur principal » opposables au créancier en droit commun. Ces remises ne profitent pas à la caution dans le cadre des procédures collectives, même si elles sont inhérentes à la dette. En effet, l'article 18 AUS interdit à la caution de se prévaloir des remises consenties au débiteur et l'article 134, alinéa 5, de l'AUPC confirme définitivement la règle en disposant que « *le concordat de redressement accordé au débiteur principal ou à un coobligé ne profite pas à la caution ni aux autres coobligés* ». Des justifications classiques fondées sur la nature judiciaire des mesures (1), d'une part, et la référence à la théorie de la remise des poursuites (2), d'autre part, ne donnent pas la réponse à l'interdiction faite à la caution de bénéficier des remises concordataires.

### **1- Un refus justifié par l'aspect procédural du redressement**

**260. L'apurement du passif : un effacement sans aucun paiement, même en monnaie de faillite<sup>443</sup>.** L'article 25, al. 1<sup>er</sup>, de l'AUS prévoit que « *l'extinction partielle ou totale de*

---

<sup>442</sup> Article 91 AUPC.

<sup>443</sup> Expression utilisée par M. VIDAL, note sous Com., 17 nov. 1992, D. 1993, 41.

*l'obligation principale entraîne, dans la même mesure celle de l'engagement de la caution* ». Cette idée est exprimée également par l'article 18, alinéa 1<sup>er</sup>, du même Acte uniforme qui reconnaît le droit pour la caution d'opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette et qui appartiennent au débiteur principal et tendant à réduire, éteindre ou différer la dette. A s'en tenir à la lettre et à l'esprit de ces dispositions, la remise concédée au débiteur principal libérerait la caution<sup>444</sup>. Conséquences de la conception du cautionnement, les mesures qui affectent le *quantum* de la dette principale, qu'elles soient nommées, tels le paiement de la dette cautionnée, la dation en paiement et la novation, ou qu'elles soient innommées mais consenties dans le cadre des procédures collectives, affectent, par voie accessoire, l'engagement de la caution. L'article 18 AUS en disposant, par la suite, que la caution ne peut se prévaloir des mesures consenties dans le cadre des procédures collectives, rend la caution tenue plus sévèrement lorsqu'elle acquitte la dette malgré les remises accordées au débiteur principal.

**261.** MM. Grimaldi et Dupichot font remarquer qu'une fois la sûreté constituée, sa durée devrait être placée sous le signe de l'accessoire, autrement dit, calquée sur celle du crédit garanti. Mais la réalité est plus complexe car « *la durée de la sûreté se détache de celle de la créance garantie* »<sup>445</sup>. Valable pour le rééchelonnement de la dette garantie, cette règle vaut également pour sa réduction, durant le temps que doit prendre le traitement des difficultés du débiteur défaillant.

**262.** En effet, lorsque la caution a payé, elle est subrogée dans les droits du créancier ; cependant, elle sera contrainte de respecter les remises dans son action en remboursement contre le débiteur. En réalité, la caution ou le coobligé qui a fait un paiement est compris dans la même masse que les créanciers pour ce qu'il a payé et qui était à la charge du débiteur principal<sup>446</sup>. Il en résulte que la différence de la déduction tout comme les remises concordataires et les intérêts ne sont plus à la charge du débiteur principal, mais seront payés par la caution, alors tenue d'une manière plus onéreuse que le débiteur principal. Si l'admission de la caution ayant payé le créancier dans la masse est regardée par certains comme une certaine protection en la faveur de la caution<sup>447</sup>, le refus d'étendre à son profit le bénéfice des remises de dettes concédées au débiteur, obtenues dans une convention homologuée par le juge du redressement, relativise cette

---

<sup>444</sup> F. ANOUKAHA, A. CISSE-NIANG, M. FOLI, J. ISSA-SAYEGH, I. Y. NDIAYE et M. SAMB, *OHADA. Sûretés, op. cit.*, n° 99, p. 41.

<sup>445</sup> M. GRIMALDI et Ph. DUPICHOT, « Durée et sûretés », *RDC*, janv. 2004, n° 9, p. 102.

<sup>446</sup> Article 92 AUPC.

<sup>447</sup> F. M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 271, p. 260.

protection. La nature judiciaire du traitement des difficultés a souvent été avancée pour justifier ce refus d'extension des mesures consenties au débiteur à la caution.

**263. Une convention élaborée dans un cadre judiciaire.** Appliquant littéralement la solution légale contenue dans l'article 64, al. 2, de la loi du 25 janvier 1985, la Cour de cassation française avait régulièrement jugé que « *malgré leur caractère volontaire, les réductions de créance participent de la nature judiciaire des dispositions du plan de redressement arrêté pour permettre la continuation de l'entreprise* ». En conséquence, « *elles ne peuvent être assimilées aux remises conventionnelles prévues par l'article 1287 du Code civil* »<sup>448</sup>. Préalablement, un arrêt de la même formation avait décidé que les cautions solidaires ne pouvaient se prévaloir des remises acceptées par le créancier du débiteur principal, remises dont le tribunal leur a donné acte en arrêtant le plan de continuation<sup>449</sup>. Cette solution devenue constante<sup>450</sup>, est reprise par le droit uniforme et conforte l'analyse que la caution doit régler au créancier, plus que ne doit le débiteur ; tel a voulu la loi qui l'y oblige expressément<sup>451</sup>. Cette volonté du législateur inflige, par voie de conséquence, un coup dur à la conception de cautionnement qu'on ne saurait justifier par la seule considération de la nature particulière de la remise ou de la réduction de créances prévues par le concordat de redressement.

---

<sup>448</sup> Cass. com., 17 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 355; *D.* 1993, J. 41, note D. VIDAL; *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; Cass. com., 17 mai 1995, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 328, n° 5, obs. E. KERCKHOVE.

<sup>449</sup> Cass. com., 17 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 355; Ch. BOULEZ, « La caution solidaire et le redressement judiciaire du débiteur principal: incidences des remises prévues au plan de continuation de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 11 janv. 1994, doct., p. 46; M. VIDAL (note sous l'arrêt précité, *D.* 1993, 41), face à cette sévérité de la solution, avait affirmé que la caution assume ici les conséquences mal maîtrisées de l'innovation législative en termes « *d'apurement du passif* », celui-ci « *consistant en un effacement sans aucun paiement, même en monnaie de faillite* »; J. L. COURTIER (*Petites affiches* du 4 juin 1993, p. 27) désapprouvant fortement cette jurisprudence, a estimé qu'il en résultait une situation inéquitable pour la caution, et qu'en outre la décision était contraire au droit des obligations et au droit du cautionnement parce que la solution adoptée reviendrait à méconnaître, en les écartant les articles 1287 et 2012 du Code civil mais aussi parce que cette décision ne serait pas conforme au principe de règlement des conflits de loi, en l'espèce entre le droit des procédures collectives et le droit du cautionnement; cependant, Ph. SIMLER (« Le juge et la caution : excès de rigueur ou excès d'indulgence », *JCP N*, 1986, I, 169-179) relativise le mouvement de la jurisprudence.

<sup>450</sup> Cass. com., 7 juin 2005, cité par P.-M. LE CORRE, « Les cautions, codébiteurs, garants et le conjoint », *Gaz. Pal.*, 4-5 nov. 2005, p. 49 : en l'espèce, une banque octroie à une société P. deux prêts avec le cautionnement solidaire de deux personnes. La banque se porte elle-même caution de la société P. au profit d'une société N., son engagement étant garanti par le cautionnement solidaire des deux personnes. La société P. est déclarée en redressement judiciaire. La banque déclare ses créances et assigne en paiement les cautions en exécution de leurs deux séries de cautionnements. La cour d'appel saisie a déclaré doublement irrecevable la banque au premier motif que l'assignation a été délivrée pendant la période d'observation et au second motif que les dettes principales du débiteur principal n'étaient pas exigibles du fait du plan de continuation qu'il avait obtenu. La cour de cassation a doublement censuré l'arrêt d'appel, en énonçant sans surprise qu'« *en statuant ainsi, alors que les délais de paiement consentis par les créanciers participent de la nature judiciaire des dispositions du plan de redressement et que les cautions solidaires ne peuvent s'en prévaloir, la cour d'appel a violé l'article susvisé* ».

<sup>451</sup> Article 18 AUS.

**264. Une solution insatisfaisante.** Affirmer que le concordat est un contrat judiciairement formé serait abusif, même si le redressement est accordé par décision de justice, dans la mesure où, « *le rôle du juge en matière de procédure collective consiste à encadrer et à amener jusqu'à son meilleur aboutissement une situation, sinon toujours conflictuelle, du moins problématique* »<sup>452</sup>. Bien que la philosophie du droit des procédures collectives ait évolué, l'intervention judiciaire reste immuable. L'aspect procédural du redressement judiciaire a été allégué pour justifier le maintien de l'engagement de la caution et du codébiteur, mesure exorbitante de droit commun du cautionnement<sup>453</sup>. Cette altération du cautionnement qui n'est pas nouvelle était justifiée par le plan de redressement de l'entreprise et actuellement par le caractère procédural du concordat de redressement<sup>454</sup>. La volonté affirmée du redressement du débiteur, au mépris des droits des créanciers antérieurs à la procédure, suppose de leur part un accord sur des remises de délais et de dettes qui leur sont proposées. A défaut des délais consentis, sera imposé aux créanciers un délai uniforme de paiement mais non de remise de dette.

**265.** Il s'ensuit que les remises consenties sont différentes des délais imposés par le juge, lorsqu'il n'y a pas eu d'accord entre les parties. En conséquence, les remises ne peuvent avoir, pour notre part, la nature d'un acte judiciaire. La caution devrait bénéficier des remises consenties par les créanciers au débiteur principal pour éviter qu'elle ne soit tenue plus sévèrement que le véritable débiteur.

**266. La pertinence de la primauté des impératifs de sauvetage du débiteur.** Le traitement judiciaire de la défaillance du débiteur apparaît comme un amalgame de contrainte légale et d'adhésion volontaire des créanciers en vue de fixer le pourcentage de créance pouvant faire l'objet des sacrifices sur l'autel du redressement judiciaire du débiteur. Le cadre judiciaire, mieux, la spécificité des procédures collectives permettrait au débiteur de se désolidariser du codébiteur ou de la caution moyennant la mise en œuvre d'un concordat pour l'apurement du passif, aboutissant à un paiement au moins pour partie. Cette spécificité commandée par les impératifs du redressement du débiteur dont la défaillance est judiciairement constatée rend encore une fois plus sévère l'obligation de la caution que celui du débiteur principal. Cependant,

---

<sup>452</sup> G. WIEDERKEHR, « Les procédures collectives de règlement du passif et la fonction du juge », *Mélanges Dominique SCHMIDT*, Joly éditions, 2005, 488 ; Karim SALHI, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, thèse Caen, 2004, p. 123 à 135.

<sup>453</sup> L'article 64 de la loi française du 25 janvier 1985 avait prévu : « *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* ».

<sup>454</sup> L'interdiction d'extension des mesures aux cautions existait dans le cadre du concordat tant dans les dispositions de l'article 524 du code de commerce que dans l'article 49 de la loi française du 13 juillet 1967 ainsi que dans l'article 35 de l'ordonnance française du 23 septembre 1967 ; *adde*, article 545 du code de commerce issu de la loi de 1838.

la remise des poursuites a également été avancée pour justifier le refus d'extension du bénéfice des remises de dettes à la caution.

## **2- Un refus recherché dans la remise des poursuites**

**267. Une exception purement personnelle au débiteur.** En plus de la justification tirée du caractère procédural des remises, la théorie de remises des poursuites avait été avancée comme une exception personnelle au débiteur qui n'affecte pas la dette elle-même (a). Mais la possibilité de prévision d'une clause de retour à meilleure fortune tient en échec cette justification (b).

### **a- L'appel manifeste à la remise des poursuites**

**268. Pouvoir de contrainte et exception personnelle du débiteur.** Une distinction classique est souvent opérée entre la dette et sa réclamation pour dissocier le sort de la caution de celui du débiteur principal. Déjà en droit français, relativement à la dérogation faite au caractère accessoire, le débat a été dévié sur le terrain de la théorie des exceptions purement personnelles au débiteur principal pour expliquer l'application de l'article 64, al. 2, de la loi du 25 janvier 1985. L'appel à cette théorie est une manière de récupérer l'anomalie que constituait l'obligation faite à la caution d'avoir à s'acquitter de la dette sans pouvoir différer son paiement. Elle est un signe de la contribution à dresser un obstacle à une révision plus complète de la conception du cautionnement dans le cadre des procédures collectives<sup>455</sup>. De ce point de vue, le fait que l'octroi de délai de répit supplémentaire soit lié à l'impécuniosité de l'entreprise débitrice est incontestable mais insuffisant. Pour corroborer le caractère purement personnel de cette exception, il est généralement affirmé que les différés concédés par les remises affectent seulement le droit de poursuite du créancier et laissent inchangée la dette garantie<sup>456</sup>.

**269.** La caution est ainsi appelée à supporter les risques de la procédure dès lors qu'ils sont extérieurs au droit substantiel du créancier<sup>457</sup>. La caution doit payer à l'échéance initialement convenue nonobstant le répit supplémentaire accordé au débiteur principal et les juges français refusaient systématiquement qu'une caution solidaire puisse retarder son paiement en invoquant les délais insérés au plan de continuation<sup>458</sup>. Fort curieusement, même subrogée dans les droits

---

<sup>455</sup> F. BUY, « Recodifier le droit du cautionnement (à propos du rapport sur la réforme du droit des sûretés) », *Rev. Lamy, droit civil*, n° 18, juill.-août 2005, p. 27.

<sup>456</sup> Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit.*, n° 121 ; Ph. PETEL, note sous Cass. com., 13 nov. 1990, *JCP E* 1991, II, 114.

<sup>457</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur », art. préc., n° 6.

<sup>458</sup> Cass. com., 28 mai 1991, *Bull. civ. IV*, n° 179 ; *JCP E* 1991, I, 100, n° 2, obs. Ph. Petel ; *Rev. proc. coll.* 1993, p. 135, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Banque*, 1992, p. 100, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; *RD bancaire et bourse*, 1992, p. 82, obs. M. J. CAMPANA et J. M. CALENDINI : en l'espèce, le juge a statué sur un délai accordé volontairement

du créancier qu'elle aura désintéressé, la caution reste tout de même tenue de respecter ces délais pour son remboursement<sup>459</sup> ; elle doit d'ailleurs entrer dans la même masse de créanciers et se soumettre à la discipline collective. Cette solution consacrée par le droit uniforme conduit à détacher l'obligation accessoire de l'obligation principale et à en déduire le caractère autonome de l'engagement de la caution.

**270. Action ou exception ?** Il a été admis que les remises concordataires ne profitaient ni aux garants, ni aux codébiteurs. La loi française de 1838, modifiant le code de commerce de 1807 qui n'était pas favorable au maintien de l'engagement des garants dans le cadre du concordat de faillite, avait retenu que « *nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leurs créances contre les coobligés du failli* »<sup>460</sup>. Cette solution affirmée par la loi est approuvée par la doctrine sur le fondement de la raison d'être de l'engagement de la caution, mais de manière plus étendue que celui du débiteur garanti<sup>461</sup>. Or, à l'origine, les dispositions interdisant le bénéfice des mesures concordataires n'envisageaient, au sens strict, que les coobligés. Mais, la volonté manifeste de la pratique d'exproprier les droits des cautions pour l'utilité privée des débiteurs et des créanciers a conduit à l'extension de la solution à l'ensemble des cautions<sup>462</sup>, ainsi qu'au donneur d'aval<sup>463</sup>. Cette solution, réaffirmée par les dispositions de l'article 49 de la loi française du 13 juillet 1967 et celles de l'article 35 de l'ordonnance française de 1967, n'a pas été abandonnée par la loi française de 1985 qui, en substituant la notion de plan à celle de concordat, avait créé une discrimination entre caution simple et caution solidaire.

**271.** En réalité, à partir de la loi de 1985, la caution simple pouvait se prévaloir des dispositions du plan d'autant plus que l'inopposabilité frappait expressément les cautions solidaires. Cette discrimination avait sonné, ainsi, le glas des cautions simples, selon l'ensemble de la doctrine, qui a relevé la faible incidence pratique en raison de l'utilisation réduite de ce type de cautionnement dans le cadre du crédit destiné à une entreprise<sup>464</sup>. Cette solution reste constante

---

par le créancier selon l'article 24 L. 25 janv. 1985 puis repris par le plan de continuation ; voir aussi, cass. com., 17 mai 1994, *RJDA*, 1994, n° 11, n° 1190, p. 922 ; *Rev. proc. coll.*, n° 5, obs. E. KERCKHOVE.

<sup>459</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *op. cit.*, n° 3189.

<sup>460</sup> Article 545 du code de commerce, rédaction 1838.

<sup>461</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 1907, n° 1155 ; Ch. BEUDANT et R. LEREBOURS-PIGEONNIERE, par VOIRIN, *op. cit.*, n° 97 ; M. C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, op. cit.*, t. 28, n° 464 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français, préc.*, n° 773 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, T. XI : *Contrats civils*. Deuxième partie, 2<sup>e</sup> éd., par R. SAVATIER, LGDJ, 1954, n° 1551.

<sup>462</sup> Req., 15 janv. 1901, *DP* 1901, 1, 325 ; Paris, 16 avril 1864, *D.* 1864, 2, 127 ; Req., 6 fév. 1906, *S.* 1906, 1, 481, note LYON-CAEN.

<sup>463</sup> Req., 5 avril 1892, *DP* 1892, 1, 246.

<sup>464</sup> F. DERRIDA, P. GODE et J. P. SORTAIS, *op. cit.*, p. 99 ; M.-J. CAMPANA, art. préc., 721.

et est reprise par le droit uniforme, à l'article 134 AUPC, qui interdit à la caution et au coobligé de profiter du concordat de redressement. Pour justifier cette situation, certains auteurs avaient même soutenu que la remise des poursuites que le créancier accorde au débiteur principal n'a pas pour effet d'effacer le support indispensable à l'existence du cautionnement. Seul le droit d'agir contre le débiteur pour une partie de la dette serait suspendu<sup>465</sup>. Cette position est contestable en ce sens que le rapport fondamental deviendrait alors artificiel, du moins modifié.

**272. Les critiques de la théorie de remise des poursuites.** Admettre ce raisonnement revient à instituer une limite inhérente à la conception du cautionnement axée sur la distinction entre « la dette » et « le pouvoir de contrainte » qui en résulte. Il est illusoire de supposer que les délais accordés au débiteur principal n'atteignent que le caractère exécutoire de la dette sans atteindre substantiellement la dette elle-même, même en la rendant exigible. Le droit uniforme, en interdisant à la caution de se prévaloir des remises consenties au débiteur principal, ne distingue pas selon qu'elles sont inhérentes à la dette ou personnelles au débiteur. En raison du fait que le répit consenti au débiteur principal atteint l'exigibilité de la créance, cette exception est donc forcément inhérente à la dette. Le refus de son bénéfice à la caution contraire, par ailleurs, la conception du cautionnement qui veut que la caution puisse opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette et qui appartiennent au débiteur principal (article 18 AUS). Lorsque le délai est imposé par le juge, la qualification appropriée serait celle d'un terme judiciaire. Mais lorsqu'il est librement concédé par les créanciers (il est varié en fonction des créanciers, en raison de l'inégalité des intérêts des créanciers composant la masse) rien ne justifie son interdiction légale à la caution. Il en découle la perception d'une certaine équivalence objective entre les délais de paiement susceptibles d'être imposés au créancier, n'excédant pas deux ans, et les abandons partiels de créances.

**273. L'évaluation économique du report d'échéance.** Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ?<sup>466</sup> En revenant à la valeur économique du délai octroyé par le débiteur, le risque de dépréciation de la valeur économique est une autre raison d'admettre que les délais concordataires affectent la créance elle-même et non exclusivement le pouvoir de contraindre le débiteur à s'exécuter<sup>467</sup>. La conséquence de cette analyse consiste à reconnaître que la règle

---

<sup>465</sup> P. A. SIGALAS, *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, thèse Aix, 1959, n° 116.

<sup>466</sup> Locution empruntée à E. MACKAAY, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », *RRJ-Droit prospectif*, 1987, n° 2, p. 419.

<sup>467</sup> La dévaluation du franc CFA est un exemple palpable. Sur la question de la fluctuation de la monnaie sur le contrat, H. CAPITANT, Rapport français sur « Les répercussions des variations de la valeur de la monnaie sur l'économie des contrats », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. VIII, 1955, p. 208 ; P. CATALA, « Les effets

voulant que la caution paye immédiatement et donc plus tôt que l'auteur principal de la dette se révèle comme une remise en cause de la conception classique du cautionnement.

**274.** La justification fondée sur la remise des poursuites, par souci de ne pas dénaturer le crédit<sup>468</sup> pour écarter la conception d' « *une institution en danger* »<sup>469</sup>, alors regardée comme la « *reine éphémère des sûretés* », à un moment où les sûretés réelles avaient un régime plus favorable aux créanciers, n'emporte plus l'adhésion de nos jours. Les dispositions de l'article 18 AUS, en faisant référence aux « *remises consenties dans le cadre des procédures collectives* », ne se limitent pas à l'action suspendue mais elles affectent aussi la dette garantie.

### **b - La modification de la dette du débiteur confirmée par la clause de retour à meilleure fortune**

**275. Notion.** La clause de retour à meilleure fortune peut être définie comme étant une clause par laquelle un débiteur auquel il a été consenti une remise de sa dette s'engage à rembourser tout ou partie de cette dette mais uniquement si certaines conditions liées généralement à une amélioration de sa situation financière se trouvent réalisées. La loi française du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens, dans son article 41, alinéa 2, sur la clause de retour à meilleure fortune avait prévu que sauf insertion d'une telle clause, les créances non produites avant la dernière échéance concordataire étaient éteintes. Le règlement des créanciers n'étant manifestement pas son objectif principal, la loi du 25 janvier 1985 n'a pas repris ces dispositions. Néanmoins, cette dernière loi prévoit deux séries de dispositions concernant les remises et délais consentis par les créanciers, pendant la période d'observation ou lorsque le tribunal adopte un plan de continuation<sup>470</sup>, solution reprise par le droit uniforme relativement aux mesures concordataires.

**276. La nature de la clause : une obligation civile ou une obligation naturelle ?** Les clauses de retour à meilleure fortune sont souvent critiquées comme « *constituant du baratin qui ne sert à rien* » ou « *des clauses qui, en pratique, ne jouent jamais* »<sup>471</sup>. L'enjeu de la qualification est

---

de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil français », in *Travaux de l'Association Capitant*, t. XXIII, 1971, p. 449 et s.

<sup>468</sup> Ch. ATIAS, « Le crédit dénaturé », *D.* 1996, chron. 328.

<sup>469</sup> J. TERRAY, « Le cautionnement : une institution en danger », *JCP G* 1987, I, p. 3295.

<sup>470</sup> Respectivement les articles 24 et 74 de la loi du 25 janvier 1985.

<sup>471</sup> Th. JACOMET et A. BEJINARIU, « La clause de retour à meilleure fortune », *Bull. Joly sociétés*, 1<sup>er</sup> mai 1996, n° 5, p. 367.

important car, selon qu'il y a obligation civile ou naturelle<sup>472</sup>, le bénéficiaire de la clause disposera ou non d'une action en exécution forcée. Mais, hormis cette différence en matière d'exécution forcée, l'obligation naturelle a tous les effets de l'obligation civile. Ainsi, l'action en répétition sera refusée au débiteur qui a payé spontanément, même s'il l'a fait sous l'empire d'une erreur parce qu'il se croyait tenu d'une dette civile, et l'obligation naturelle pourra être compensée avec une obligation civile ou être cautionnée par un tiers. Les tribunaux ont un pouvoir souverain pour apprécier, au cas par cas, la volonté des parties dans un sens ou dans un autre, en fonction des circonstances qui ont accompagné la naissance de l'obligation<sup>473</sup>. Toutefois, la jurisprudence tend à considérer que l'engagement pris par le débiteur de payer, en cas de retour à meilleure fortune, constitue le plus souvent une véritable obligation civile<sup>474</sup>.

**277.** Ceci apparaît logique car la clause de retour à meilleure fortune serait dépourvue d'intérêt si elle ne constituait que le rappel de l'obligation naturelle du débiteur. D'ailleurs, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet<sup>475</sup>. Dans ce sens, l'hypothèse de base sera le caractère d'obligation civile de la clause de retour à meilleure fortune.

**278. Condition suspensive ou résolutoire ?** En bonne logique, tant que le retour à meilleure fortune n'a pas eu lieu, la remise de dette produit tous ses effets et le débiteur se trouve libéré de toute obligation de paiement. Mais lorsque l'événement constitutif du retour à meilleure fortune se réalise, la remise sera censée rétroactivement n'avoir jamais été consentie et l'obligation de paiement n'avoir jamais disparu. Il faudrait donc en conclure que la condition de retour à la bonne fortune constitue une condition résolutoire de la remise de dette. Mais au caractère résolutoire de la clause correspond le caractère suspensif de l'engagement du débiteur, ce qui permet la cession de la créance assortie de la clause ou, encore, la prise de mesures conservatoires destinées à préserver le droit éventuel du créancier<sup>476</sup>.

---

<sup>472</sup> En droit français, la question s'était posée de savoir si, en l'absence de clause de retour à meilleure fortune, un remboursement ultérieur pourrait intervenir au titre des obligations naturelles de la société qui a bénéficié de l'abandon mais l'administration fiscale, après avoir hésité avait refusé d'admettre la déductibilité des sommes au titre d'obligations naturelles, Paris, 4<sup>e</sup> ch., 6 juill. 1993, *Bull. Joly*, 1993, p. 1173, g 351.

<sup>473</sup> Nancy, 21 juin 1902, *D.* 1902, 471 et s.

<sup>474</sup> Cass. com., 23 déc. 1968, *Bull. civ.* IV, n° 374; Montpellier, 19 mai 1931, *DH* 1932, p. 6; Rouen, 29 juill. 1908, p. 208.

<sup>475</sup> Article 1156 du Code civil.

<sup>476</sup> La clause pourrait également faire l'objet d'un apport partiel d'actif ou transmise par voie de fusion à la société absorbante.

**279.** Toutefois, le retour à meilleure fortune dans un contrat de prêt n'est pas une condition mais un terme indéterminé par application de l'article 1901 du Code civil<sup>477</sup>. Quant au mécanisme juridique qui permet le passage d'une obligation pure et simple à une obligation conditionnelle, il est généralement admis qu'on est en présence d'une novation par adjonction d'une condition<sup>478</sup>. La remise de dette pure et simple a un caractère extinctif. Mais, si la remise est assortie d'une clause de retour à meilleure fortune, l'obligation pure et simple assumée primitivement par le débiteur est remplacée par une nouvelle obligation, affectée cette fois-ci d'une modalité<sup>479</sup>. Ainsi, la clause de retour à meilleure fortune, loin d'être un accessoire de la créance initiale, constitue, à l'évidence, une nouvelle obligation, conditionnelle à caractère suspensif, pouvant être cédée ou transmise et pouvant faire l'objet de saisie. La seule difficulté, en pratique, réside dans l'interdiction des voies d'exécution dans le cadre des procédures collectives. Cependant, relativement à l'obligation principale cautionnée, le lien initial paraît devoir être considéré comme rompu et remplacé par un nouveau lien. La remise de dette sous condition résolutoire prend la forme d'une nouvelle créance sous condition suspensive. Dans ce cas, l'engagement de la caution n'est plus lié à la dette initiale telle qu'elle était à l'origine mais s'assimile à une nouvelle obligation.

**280. Caractère potestatif ?** La question se pose car le retour à meilleure fortune est un événement futur et incertain dont la réalisation dépend, le plus souvent, du comportement du débiteur<sup>480</sup>. De ce point de vue, il apparaît que la clause sera valide dès qu'elle ne dépendra pas de la seule volonté du débiteur mais également de la volonté des tiers et de circonstances économiques. D'ailleurs, pour ôter à une condition tout soupçon de caractère purement potestatif, la jurisprudence reconnaît au créancier un droit de regard sur la gestion du débiteur<sup>481</sup>. Il ne fait aucun doute que l'on admet l'insertion d'une clause de retour à meilleure fortune dans le concordat de redressement. Mais le législateur ne permet pas à la caution de se prévaloir des remises accordées au débiteur en difficulté en contrepartie de cette clause, même lorsque la remise effectuée par le créancier bénéficiaire d'un cautionnement est purement volontaire puisque le tribunal n'a pas la possibilité de l'imposer.

---

<sup>477</sup> Aux termes de l'article 1901 du Code civil, « *s'il a été seulement convenu que l'emprunteur payerait quand il le pourrait, ou quand il en aurait les moyens, le juge lui fixera un terme de paiement suivant les circonstances* ». Néanmoins, l'article 1174 du Code civil précise que « *toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige* ». Sur la question, voir aussi, Paris, 13 oct. 1986, *D.* 1987, 618, note J. MOURY.

<sup>478</sup> C. PACTET, « De la réalisation de la novation », *RTD civ.* 1975, p. 435 et s.

<sup>479</sup> O. PLAYOUST, « Contribution à la moralisation du droit des procédures collectives : la clause de retour à meilleure fortune », *Rev. proc. coll.*, 1994/3, p. 354 et s.

<sup>480</sup> R. KAUFFMAN, « De l'utilité et des effets d'une clause potestative : la clause de retour à meilleure fortune dans les abandons de créances amiables et concordataires », *D.* 1982, chron., p. 129.

<sup>481</sup> Cass. com., 28 juin 1965, *Bull. civ.* III, n° 405, p. 370.

**281.** La clause a une étendue débordant les remises de délais pour embrasser les créances, revenant au fond à rejeter l'acceptation selon laquelle seul le pouvoir de contrainte de la caution est atteint dans le cadre des procédures collectives. D'ailleurs, cette clause peut s'analyser en un engagement perpétuel, en raison de la dépendance de sa réalisation à un terme imprécis. L'incidence de la clause de retour à meilleure fortune sur l'engagement de la caution ne peut donc pas être niée car elle affecte la dette elle-même et les échéances concordataires. Cette situation s'observe également dans la classification des exceptions.

## **Paragraphe 2 - L'assimilation des remises consenties aux exceptions du débiteur**

**282. La théorie des remises consenties au débiteur.** La loi permet aux créanciers d'accorder au débiteur des remises de dette et des reports d'échéance dans le cadre des procédures collectives. Ces mesures peuvent être assimilées aux exceptions du débiteur (A). Mais des incertitudes planent sur leur catégorisation dans la théorie des exceptions (B), de sorte qu'on assiste à la création d'une catégorie de mesures exclusives au débiteur dans le cadre des procédures collectives qui ne profitent pas à la caution (C).

### **A - Les remises consenties et la règle de l'inopposabilité des exceptions**

**283. Le problème de la catégorie de rattachement des mesures consenties au débiteur.** La règle selon laquelle la caution ne peut se prévaloir des remises consenties au débiteur principal dans le cadre des procédures collectives n'offre pas une vision claire du seuil infranchissable du droit de critique accordé à la caution. La genèse « des remises consenties » issue du droit uniforme africain soulève la question des contours des exceptions « opposables » et « inopposables », mais surtout pose le problème de la catégorie de rattachement des exceptions consenties dans le cadre des procédures collectives. En réalité, « *on ne connaît pas l'esprit d'une législation si l'on se borne à en débattre et à en développer les textes* », « *ce n'est, en effet que par la connaissance approfondie des origines de la règle actuelle et des intentions de ses auteurs que l'on peut arriver à en comprendre le sens et la portée* »<sup>482</sup>.

**284. Discussion autour de la règle de l'inopposabilité des exceptions.** Déployant inexorablement la force de sa puissance dérogoire au droit commun, l'altération du

---

<sup>482</sup> A. Ch. RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1857, t.1, cité par G. GRANCHET, *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, thèse préc., p. 11.

cautionnement par le droit des procédures collectives trouve son siège dans la mise en scène de la remarquable théorie de l'inopposabilité des exceptions<sup>483</sup>. A l'instar de toute opération juridique que caractérise une complexité structurelle liée à une imbrication de liens obligatoires noués entre les différents partenaires, le cautionnement offre un terrain certain à une interrogation toujours actuelle et récurrente, à savoir celle de la faculté, pour la caution, d'invoquer, dans ses rapports directs avec le créancier, les exceptions tirées du rapport d'obligation auquel elle est étrangère. Devenant « *la clé procédurale* », la règle de l'accessoire inhérente au contrat de cautionnement a été chargée par la doctrine de définir le rayonnement de circonstances qui affectent le rapport fondamental garanti<sup>484</sup>. Le précieux article 18 AUS, conférant la fonction de protection à la caution, d'une façon expresse, en l'autorisant à se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette et qui appartiennent au débiteur principal, s'est vu attribuer cette mission.

**285.** Seulement, dans les mêmes dispositions, le législateur écarte la caution du bénéfice des remises consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives d'apurement du passif du débiteur principal. Alors, les remises consenties dans le cadre du concordat de redressement constituent-elles des exceptions ? Sont-elles personnelles au débiteur ou constituent-elles une nouvelle exception consacrée par le droit uniforme ? En prévoyant les exceptions inhérentes à la dette sans traiter des exceptions personnelles, une doctrine autorisée<sup>485</sup> affirme qu'il serait inutile de faire cette précision à côté des exceptions inhérentes à la dette déjà admises. En conséquence, le droit uniforme ne rejette pas l'existence des exceptions personnelles au débiteur par l'interprétation *a contrario* de l'article 18 AUS. Du reste, l'affirmation légale de l'exclusion de la caution « *des remises consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives* » entre dans la rubrique des exceptions, mais pose le problème de sa catégorie de rattachement. En organisant la matière à partir de la distinction subjective des exceptions inhérentes à la dette principale et des exceptions personnelles au débiteur, la formulation légale issue du Code civil ne comportait aucune définition.

---

<sup>483</sup> D'après ROBLOT (« Application et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial », *Mélanges P. VOIRIN, LGDJ*, 1966, p. 710, n° 1), le terme inopposabilité a été employé pour la première fois à propos de la « célèbre théorie de l'inopposabilité des exceptions ».

<sup>484</sup> Ph. SIMLER (*op. cit.*, n° 47, p. 42) relève que « l'ensemble des propositions (du principe de l'accessoire) se trouve résumé dans le principe suivant lequel la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions appartenant au débiteur » ; pour M. GRIMAUD (thèse préc., n° 176 et s., p. 191), « Point n'est besoin d'insister sur la fréquence statistique de sa sollicitation par les cautions. Elle est attestée par la jurisprudence publiée sur cette règle transversale, largement liée à l'extinction et la validité de la dette principale, mais dont le champ d'action est forcément plus vaste, puisque s'y croisent toutes les propositions acceptées et développées à partir du caractère accessoire ».

<sup>485</sup> F. ANOUKAHA et autres, *OHADA. Sûretés, op.cit.*, n° 78, p. 33.

**286.** Il s'ensuit, dans un tel contexte d'imprécisions, que tout effort visant à restituer son armature ou sa collation risque d'être voué à l'échec, obligeant à composer avec la part d'empirisme que comporte l'utilisation de ce que la théorie générale du droit a pu appeler des notions cadres, notions dont « *on peut donner une idée générale et des exemples particuliers* ». Cependant, « *on ne peut, sans les dénaturer, faire entrer les exemples dans une catégorie bloquée* »<sup>486</sup>. M. Behar-Touchais, reprochant à la jurisprudence française d'avoir favorisé la floraison des contentieux, en laissant trop de place aux concepts flous, a pu affirmer qu' « *il faudrait bannir du droit des sûretés toute référence à des notions imprécises, à des normes floues, à des standards, qui certes peuvent rendre le droit flexible, mais qui anéantissent la sécurité juridique* »<sup>487</sup>. Or, les notions floues dont il s'agit ici, ce sont les « remises consenties au débiteur » placées à côté des exceptions inhérentes à la dette, contenues dans un même texte. La difficulté contemporaine d'interprétation des exceptions appartenant au débiteur est donc congénitale aux facteurs d'indétermination de sa formulation classique héritée autorisant à ériger les mesures concordataires en un droit exclusif du débiteur.

## **B - Les incertitudes inhérentes à la catégorisation classique des exceptions**

**287. Exceptions personnelles au débiteur et exceptions inhérentes à la dette : une classification historique.** Cette formulation est empruntée à l'ancienne distinction romaine des exceptions *rei cohaerentes* et des exceptions *personae cohaerentes*, déjà entachée d'un péché originel d'imprécision dans le langage des jurisconsultes, eux-mêmes. La matière des moyens de défense de la caution fondés sur le caractère accessoire du cautionnement résulte des dispositions de l'ancien article 2036 du Code civil avant d'être reprise par le législateur OHADA. Cette disposition prévoit des « exceptions inhérentes à la dette principale » susceptibles d'être soulevées par la caution et des « exceptions personnelles au débiteur » dont le bénéfice est interdit à la caution. Les incertitudes de la théorie des exceptions résident non seulement dans la notion même d'exception mais aussi et surtout dans son contenu.

**288. De l'évolution sémantique à l'hypocrisie du mot « exception ».** Le langage juste est l'instrument nécessaire de la pensée dans les sciences morales<sup>488</sup>. De même, « *la puissance des*

---

<sup>486</sup> Sur les notions-cadres, G. CORNU, *Regards sur le titre III du livre III du Code civil*, Cours polycopié du DEA de droit privé, 1976-1977, p. 56 et s.

<sup>487</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur », art. préc., p. 738.

<sup>488</sup> N. NERSON, « Exercice de vocabulaire », *Mélanges P. VOIRIN*, LGDJ, 1967, p. 603 et s. ; chacun engage sa responsabilité en faisant usage d'un mot, notamment, « *L'écrivain qui altère ou méconnaît le sens des mots, celui qui introduit dans le vocabulaire une incertitude ou une ambiguïté sabotent l'instrument de la pensée et outrepassent leurs droits* », extrait de M. AYME, *Le confort intellectuel*, Flammarion, 1949, p. 85.

*mots sur l'esprit est si forte que leur usage s'en perpétuant, les étiquettes classiques tendent à se muer en véritables concepts* »<sup>489</sup>. L'exception en droit du cautionnement s'apparente donc à un concept. Ainsi, le concept d'« exception » est certainement un symbole de cette puissance des mots ; car, en réalité, il ne devrait jamais dans son sens le plus courant être qualifié d'exception. Pourtant, l'expression figure dans le vocabulaire juridique usuel. Pris dans un sens courant, l'exception désigne « *ce qui est hors de la règle commune, qui paraît unique ; échapper à la règle* »<sup>490</sup>. Dans le langage juridique, le mot « exception » peut être qualifié de « polysème », selon Cornu car trois sens généraux peuvent lui être associés. De près ou de loin, ces significations techniques ne sont, d'ailleurs, pas totalement étrangères à l'acceptation courante car chaque fois, « l'exception » arrête, soustrait, ou retire<sup>491</sup>. Le législateur du droit uniforme, à l'image de celui du Code civil, fait usage du mot « exception » dans un sens de moyen de défense de la caution. Seulement, le sens attribué à la notion d'exception est contraire à l'acception du droit judiciaire privé. L'écueil du texte de l'article 18 AUS est d'avoir confondu deux espèces d'un même genre ; autrement dit, les notions d'exception et de défense au fond. La première vise les obstacles qui tendent à faire déclarer la procédure irrégulière ou à en suspendre le cours. La seconde, caractérisée par le résultat auquel elle tend, se propose de démontrer que pour des motifs, de droit ou de fait, la dette dont l'exécution est réclamée à la caution n'existe pas ou plus ou qu'elle est moins étendue que l'obligation principale. Doit-on parler d'exception ou d'action ?

**289. A la frontière de la procédure et du fond**<sup>492</sup>. L'intérêt de la démarche n'est pas seulement conceptuel. Les auteurs mettent, d'ailleurs, en garde contre les risques de confusions<sup>493</sup>, car les enjeux pratiques ne manquent pas de surgir, inéluctablement. La différence de nature déclenchant des régimes différents, d'un point de vue procédural, les différences de qualification emportent aussi les différentes conséquences. Mais la difficulté réside dans le sens du terme

---

<sup>489</sup> J.-P. BEGUET, « Etude critique de la notion de fin de non recevoir », *RTD civ.* 1947, p. 133 et s., n° 5 ; G. SAMUEL, « Entre les mots et les choses : les raisonnements et les méthodes en tant que sources du droit », *RIDC*, 2, 1995, p. 509 et s.

<sup>490</sup> Dictionnaire Larousse, éd. 2000, v° « exception ».

<sup>491</sup> G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990, p. 89 ; du même auteur, « Les définitions dans la loi », *Mélanges J. Vincent*, Dalloz 1981, p. 77 et s. ; Ch. JUBAULT, « Les ‘exceptions’ dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond (1<sup>re</sup> partie) », *Petites affiches*, 15 janv. 2003, n° 11, p. 4 ; M. STORCK, « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1987, chron., p. 68, où l'auteur affirme que la notion d'exception est encore actuellement mal cernée.

<sup>492</sup> Pour une analyse pertinente récente à la frontière entre la procédure et le fond, M. E. MATHIEU, « Aperçu des règles de droit judiciaire privé relatives aux procédures d'insolvabilité européennes après le règlement communautaire n° 1346/2000 », *D. aff.*, 2002, chron., p. 2245. L'appartenance de l'exception à la procédure et au fond, intrigue, et surtout il n'est pas exclu que le flottement terminologique ait une incidence néfaste sur l'analyse ponctuelle de l'intimité et de la portée de ces moyens de défense.

<sup>493</sup> J. HERON, *Droit judiciaire privé*, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1991, n° 118 ; R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, Librairie A. Rousseau, 1909 ; du même auteur, « La théorie des exceptions de procédure », *Rev. périod. proc. civ.* 1916, p. 7 et s.

« exception ». Cette difficulté consiste à déterminer si le recours à l'article 18 AUS n'ouvre au garant qu'une exception exclusivement entendue comme moyen de défense ou s'il lui confère aussi une action en justice pour faire constater la nullité ou l'extinction de la dette couverte ou encore, la dissolution de la force obligatoire du contrat dans lequel elle a pris naissance.

**290.** En droit français, certaines décisions sont favorables à déclarer la caution bien fondée à exercer l'action en résolution du contrat de base ou reconnaissent sa faculté de déclencher le mécanisme de la compensation judiciaire de la dette principale avec une créance du débiteur contre le créancier<sup>494</sup>. Cette solution aboutit à l'immixtion de la caution dans le rapport fondamental. Dans un arrêt du 26 octobre 1999, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a pu décider que « *la caution, poursuivie en paiement par le créancier et qui demande à être déchargée de son obligation en raison de la faute commise par celui-ci à l'encontre du débiteur principal, sans prétendre obtenir un avantage autre que le simple rejet de la prétention de son adversaire, peut procéder par voie de défense au fond (...)* »<sup>495</sup>. L'autorisation de la caution à agir par voie de défense au fond démontre que les exceptions susceptibles de profiter à la caution ne se limitent pas à faire déclarer irrégulière une procédure ou à en suspendre le cours. Cette confusion est certainement due aux facteurs d'indétermination de la formulation classique.

**291. Les imprécisions de la formulation légale.** Une définition légale a l'avantage d'« *éliminer l'équivoque et d'introduire clarté et précision dans l'application d'une règle ou d'un corps de règles* »<sup>496</sup>. En ouvrant à la caution toutes les exceptions inhérentes à la dette, laissant penser au refus des exceptions personnelles du débiteur, l'article 18 AUS se borne à décréter une classification théorique des exceptions, opérant, par conséquent, une catégorisation des exceptions sans définition préalable<sup>497</sup>. A l'opposé des législations de type anglo-saxon qui

---

<sup>494</sup> Cass. com., 7 janv. 1992 *RTD civ.* 1993, p. 624, obs. M. BANDRAC ; *Bull. civ.* IV, n° 1, p. 1 : rendu sous le visa de l'article 2036, cet arrêt a censuré, pour manque de base légale, une cour d'appel qui avait condamné les cautions au remboursement intégral du prêt sans rechercher si la banque avait commis les fautes alléguées, en l'occurrence l'octroi et la rupture fautive du crédit au débiteur, alors que les cautions pouvaient invoquer la compensation comme « *exception inhérente à la dette* » ; R. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, préface P. CATALA, LGDJ, 1969, p. 22 et 119 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 665.

<sup>495</sup> Cass. com., 26 oct. 1999, *JCP G* 2000, II, 10262, note D. LEGEAIS.

<sup>496</sup> G. CORNU, *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, 11<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 2003, p. 95, n° 212 : « *On reproche aux définitions de figer des concepts évolutifs et de finir par les dénaturer. Peut-être cela ne dépend-il pas de la qualité des définitions, car de bonnes définitions peuvent résister longtemps à l'évolution sociale* », J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2003, p. 217, n° 186.

<sup>497</sup> L'imprécision terminologique a des conséquences pratiques majeures, lors de l'utilisation de la qualification d'« *exception personnelle* », que l'on retrouve à propos de la solidarité et pour le cautionnement. Les enjeux concrets se traduisent alors en monnaie sonnante et trébuchante, selon l'application plus ou moins logique, enjeu concret encore selon que la caution pourra ou non la solliciter. Les conséquences sont fréquentes dans les contextes

fixent, systématiquement, dans la loi, par des définitions, le sens technique des mots qui y sont utilisés, le législateur français, tout comme les systèmes dérivés du droit français illustrés par le droit uniforme africain, s'abstient très souvent de le faire, se souvenant peut-être des préceptes du Digeste : « *omnis definitio periculosa est* »<sup>498</sup>.

**292.** Cette option du droit uniforme rejoint celle faite à l'ancien article 2036 du Code civil, devenu, article 2313, qui semble drainer cette imprécision dès l'origine. En effet, les rédacteurs du Code civil n'avaient pas raisonné sur des concepts figés mais sur des hypothèses ponctuelles. La lecture des travaux préparatoires démontre qu'au cours des différents exposés, la catégorie des exceptions inhérentes à la dette est illustrée sans rigueur. Il s'agit des nullités d'ordre public et des nullités relatives liées à l'existence matérielle de la dette garantie, constatée par serment ou par une décision passée en force de chose jugée, au paiement déjà effectué par le débiteur mais aucune allusion explicite n'a été faite à l'extinction indéterminée de la dette, ou à tout autre événement qui la modifierait<sup>499</sup>.

**293.** S'agissant de la catégorie des exceptions purement personnelles, prévues à l'alinéa 2 du texte précité du Code civil, non repris par le droit uniforme, elles portaient essentiellement sur l'incapacité du débiteur mineur<sup>500</sup>. Le problème de la définition des notions n'avait donc pas été abordé au cours des travaux préparatoires du Code civil. Dans le Digeste, la distinction entre les exceptions *rei cohaerentes* et les exceptions *personae cohaerentes* était simplement utilisée comme base commode de classification. Pothier, qui conserva les expressions romaines et dont l'influence a imprégné tout le titre sur le cautionnement, n'est guère plus explicite. Il se montre peu consistant en affirmant que les exceptions personnelles « *sont celles qui sont fondées sur quelque raison qui soit personnelle au débiteur ; les exceptions réelles sont ainsi appelées, parce qu'elles ne sont pas fondées sur quelque raison qui soit personnelle au débiteur, mais sur la chose même, c'est-à-dire sur la dette elle-même* »<sup>501</sup>. Dans l'ancien droit, une exception désigne « *tous moyens de défense à l'aide desquels un plaideur pouvait résister, sans s'attaquer directement au droit de son adversaire* »<sup>502</sup>. Mais le règne d'un flottement terminologique de la

---

de procédures collectives, au gré du spectre des défenses que la caution pourra opposer par voie d'« *exception* ». Le réglage s'opérera par la qualification des « *exceptions* », Ch. JUBAULT, art. préc., p. 5, n° 5 et s.

<sup>498</sup> Sur l'ensemble de la question, voir l'exposé de TREILHARD, le rapport de CHABOT et le discours de LAHARY, in P. A. FENET, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videocoq, Librairie, 1827, Livre III, Titre XIV, p. 37 et s., p. 72 et s.

<sup>499</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, préc., p. 72 et s.

<sup>500</sup> L'exposé de TREILHARD, le rapport de CHABOT et le discours de LAHARY, in P.-A. FENET, préc., p. 37 et s., p. 72 et s.

<sup>501</sup> R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, op. cit., n° 380.

<sup>502</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1961, t. 1, p. 286 et s.

notion d'exception a conduit à des subtilités qui trahissent le caractère hétérogène de la notion étendue à toute une série de moyens de défense n'ayant aucun trait commun<sup>503</sup>.

**294.** Nonobstant tout effort exégétique, il se pose un problème de classification de la formulation légale issue du droit uniforme. La difficulté résulte de l'ellipse des exceptions personnelles du débiteur, catégorie non mentionnée par l'article 18 AUS, mais dont l'existence est reconnue par les commentateurs de l'Acte uniforme. Or, le texte se contente de faire l'énumération des cas d'exclusion du bénéfice des exceptions englobant l'incapacité du débiteur et les remises consenties dans les procédures collectives. Comment procéder à la classification des cas énumérés ?

### **C - Vers une classification autonome des remises consenties dans le cadre des procédures collectives ?**

**295. La remise en cause du bipartisme de la classification en droit uniforme.** La règle classique des exceptions favorables à la caution est inopérante lorsqu'une procédure de redressement s'ouvre contre le débiteur. Mais sur quel fondement la résolution du concordat ne libère-t-elle pas les cautions qui sont intervenues pour en garantir l'exécution, totale ou partielle, tandis que l'annulation du concordat en cas de dol libère, de plein droit, les cautions garantissant son exécution alors même que les mesures concordataires ne peuvent profiter à la caution? Il s'agit d'une prévision légale qui semble se démarquer de la conception classique des exceptions inhérentes à la dette opposées aux exceptions personnelles au débiteur.

**296. L'échec du bipartisme attaché à la « source » de l'exception.** La doctrine moderne a pris une distance relativement à la classification bipartite faite entre « exceptions inhérentes à la dette » et « exceptions personnelles » du débiteur<sup>504</sup>. En effet, la proposition offerte par le Code civil consiste à circonscrire le champ d'action de la règle de l'opposabilité en considération de la cause efficiente ou de l'origine<sup>505</sup>. Il s'ensuit que la caution serait en droit d'invoquer toutes les exceptions inhérentes à la dette et non celles fondées sur les circonstances personnelles au

---

<sup>503</sup> H. SOLUS et R. PERROT, *op. préc.*, p. 286 et s.

<sup>504</sup> M. CABRILLAC et Ch. MOULY (*op. cit.*, n° 68) ont affirmé que l'article 2036 du Code civil donne « la clé procédurale de l'accessoire ».

<sup>505</sup> Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE (*JCP G* 1997, I, 670, n° 8) ont proclamé la condamnation de la distinction légale, et soutiennent clairement que le caractère accessoire autorise la caution à opposer toutes les exceptions (dites) personnelles du débiteur.

débiteur<sup>506</sup>. S'il ne fait aucun doute que la mise en œuvre de cette formulation n'est pas aisée, en droit commun, « *au contact du droit des procédures collectives, le caractère vaporeux du critère attaché à la source de l'exception se dessine encore plus nettement* »<sup>507</sup>. Dans ce domaine, la distinction bipartite des exceptions manque le plus souvent son but, mieux, elle ne suffit pas à justifier la solution retenue. En droit français, les arrêts rendus dans ce domaine contrarient cette option. A partir d'un arrêt du 17 juillet 1990<sup>508</sup>, il a été constamment jugé que la forclusion sanctionnant la non déclaration de la créance garantie à la procédure collective constitue une exception inhérente à la dette que la caution peut opposer sur le fondement de l'article 2036 du Code civil. A vrai dire, cette exception, bien qu'affectant objectivement la créance, profite au débiteur principal pour des raisons liées à la seule considération de son état et à la procédure collective dont il fait l'objet du fait de son insolvabilité, entendu au sens large. La forclusion pour défaut de production de la dette ne peut être une remise consentie au débiteur ; elle est, au contraire, une sanction légale. Il en résulte que cette situation de défaillance personnelle au débiteur, mais affectant la dette, ne peut être rattachée à l'une ou à l'autre des catégories préétablies.

**297. Le rejet de la justification tirée de « l'effet » de l'exception.** D'aucuns appuient la nature juridique de l'exception sur son effet en distinguant le *debitum* et l'*obligatio*. Pour ces auteurs, par principe, la caution aurait la faculté d'opposer toutes les exceptions qui affectent le *debitum* de l'obligation principale, autrement dit, son existence, sa validité, son montant et son exigibilité. Mais elle serait privée de la faculté d'invoquer les exceptions qui n'affectent que l'*obligatio*, c'est-à-dire le droit de poursuite du créancier contre la caution. Saisi sur ce plan, le champ d'action de la règle inclurait donc toutes les exceptions touchant la valeur économique ou la possibilité d'obtenir l'émolument de la dette. En revanche, il écarterait celles qui ne mettent en cause que le pouvoir de coercition du créancier<sup>509</sup>. Cette position n'offre aucune ligne directrice pouvant permettre de classer les remises consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives. A ce stade de l'analyse, M. Grimaud fait observer, d'une façon intéressante, que le

---

<sup>506</sup> La notion d'opposabilité est l' « *aptitude d'un droit, d'un acte (conventionnel, jugement, etc.), d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (...) non en soumettant ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments (...), mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables, à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets, sous réserve de leur opposition lorsque la loi leur en ouvre le droit* », in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, v° « opposabilité ».

<sup>507</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 186, p. 201.

<sup>508</sup> Cass. com., 17 juill. 1990, *Bull. civ.* IV, n° 214 (2 arrêts) ; *D.* 1990, J., 494, note A. HONORAT ; *D.* 1991, somm. com., p. 12, obs. DERRIDA ; *Banque*, 1990, p. 1211, note J. L. RIVES-LANGE ; *RTD com.* 1990, p. 643, obs. Y. CHAPUT ; *RTD civ.* 1991, p. 372, obs. M. BANDRAC ; *Rev. proc. coll.* 1991, p. 110, obs. Ph. DELEBECQUE.

<sup>509</sup> Ph. Malaurie et L. AYNES, *op. cit.*, n° 121 et 140 et s. ; L. AYNES, note sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1996, *Petites affiches*, 1997, p. 15 et s. ; P. CROCQ, note sous cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 octobre 1996, *RTD civ.* 1997, p. 187.

critère proposé est d'une manipulation délicate car il renvoie la question de l'inopposabilité des exceptions à la définition des domaines respectifs du *debitum* et de l'*obligatio*, aboutissant à de nouvelles zones d'ombre<sup>510</sup>.

**298. La séduction de la règle d'opposabilité des exceptions véhiculée par « la norme de l'accessoire ».** A la suite de MM. Simler et Delebecque, d'un côté, et de Legeais, de l'autre, M. Grimaud concède le peu d'intérêt de la distinction légale. Il reconnaît que la seule acception pertinente de la portée du principe de l'inopposabilité des exceptions est celle qui consisterait à le mettre en corrélation avec le caractère accessoire du cautionnement. Cette solution est séduisante en ce sens qu' « elle cultive la généralité et met l'interprétation à l'abri des artifices et des difficultés d'application dans lesquels se fourvoient les distinctions établies à partir de la cause ou de l'effet de l'exception »<sup>511</sup>. Ainsi, la référence à la théorie de l'accessoire resterait, en effet, la seule explication à la fois sûre et homogène à portée communément attachée à la règle. Cette explication est pertinente en ce qu'elle confère à la caution la reconnaissance d'un droit insusceptible d'être atteint par les parties au contrat de base, mais elle n'est pas à l'abri des critiques.

**299. L'inconsistance de la notion d'exception purement personnelle au débiteur.** Tout partait des difficultés d'articulation de la notion d' « exception » avec un moyen de défense au fond. Cependant, le domaine de la règle d'opposabilité des exceptions postulée par le principe de l'accessoire ne règle pas entièrement la situation de la protection de la caution dans le cadre des procédures collectives, dans la mesure où l'inopposabilité des exceptions personnelles est susceptible de degré et doit être appliquée avec réalisme<sup>512</sup>. En réalité, la lecture de l'article 1208 du Code civil<sup>513</sup>, fondée sur le texte nu que la glose a recouvert, n'a jamais satisfait à une quelconque symétrie entre l'article 1208, d'une part, et les articles 2012 et 2036, d'autre part. D'après cette interprétation, l'exception personnelle, au sens de l'article 1208, est tout simplement celle qui n'est pas commune à chacun des codébiteurs<sup>514</sup>. Elle se distingue, nettement, de celle qui, en matière de cautionnement, se caractérise par sa résistance au principe

---

<sup>510</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 187, p. 203.

<sup>511</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 188.

<sup>512</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, préc., n° 1254.

<sup>513</sup> Aux termes de l'article 1208 du Code civil, « le codébiteur solidaire poursuivi par le créancier peut opposer toutes les exceptions qui résultent de la nature de l'obligation, et toutes celles qui lui sont personnelles, ainsi que celles qui sont communes à tous les codébiteurs ; il ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles à quelques-uns des autres codébiteurs ».

<sup>514</sup> A. RODIERE, *De la solidarité et de l'indivisibilité*, Paris, Durand, 1852, n° 63 et s. Pour une différence entre les exceptions purement personnelles en matière de cautionnement et de solidarité, voir, A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, préface L. AYNES, Economica, 2004, n° 93 et s.

de l'accessoire. Il s'ensuit, en conséquence, que les exceptions purement personnelles, au sens de ces textes, sont plus que de fausses jumelles, deux véritables étrangères<sup>515</sup>. Cette position permet d'affirmer que les remises consenties au débiteur n'ont rien de personnel, mieux, elles ne sont pas subjectives, parce qu'elles affectent la dette elle-même.

**300. Les remises consenties : un droit exclusif du débiteur principal.** Les droits réservés et les domaines partagés ne sont pas de l'essence du droit civil. Néanmoins, loin de renier la règle de l'accessoire, la prévision légale issue de l'Acte uniforme, selon laquelle la caution ne peut pas se prévaloir des remises consenties au débiteur principal, offre l'opportunité d'affirmer que le législateur a fait « *des remises dans le cadre des procédures collectives* » des droits exclusifs du débiteur principal. Il serait tentant d'envisager une troisième catégorie d'exceptions, autrement dit, une exception hybride, exclusivement réservée au droit des procédures collectives. Dans ce cas, il faudrait absolument circonscrire ou délimiter la notion d'exception. Cette solution conduirait au fond à ne pas vider la controverse interminable et à toujours y trouver des moyens de défense de la caution. Or, pour reprendre la formule de M. Sallé de la Marnierre, deux conditions sont nécessaires pour qu'un terme puisse utilement figurer dans le vocabulaire juridique. Il faut, tout d'abord, que l'on en puisse donner *un critère juridique* qui permette de le distinguer de ceux par lesquels on désigne les institutions voisines. En second lieu, cette reconnaissance d'une institution juridique autonome doit être *nécessaire* ; il est indispensable que l'on ne puisse rendre compte des solutions qu'il s'agit de construire à l'aide des concepts existants du droit<sup>516</sup>. Définition précise, nécessité de la distinction, c'est à ces deux conditions seulement qu'il est possible d'admettre la notion de remises consenties dans le cadre des procédures collectives, à côté des exceptions inhérentes à la dette et qui appartiennent au débiteur principal. Nécessaires, cependant, les conditions relatées, ci-dessus, ne sont pas suffisantes.

**301.** En vérité, si les solutions données dans les multiples hypothèses qui se présentent ne peuvent être ramenées au même principe, l'on ne peut dire que l'on se trouve en présence d'une véritable notion juridique, mais qu'il est des exceptions purement occasionnelles aux règles normalement admises dans chacun des cas envisagés. Or, évoquer, en effet, par un seul et même

---

<sup>515</sup> D. HOUTCIEFF, « Les exceptions inhérentes à la dette n'ont rien de personnel », note sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *D.* 2007, p. 2203, n° 10.

<sup>516</sup> S. DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *RTD civ.* 1933, p. 1037 et s. spéc. p. 1040.

terme, des situations et des solutions entièrement différentes est dangereux et peut prêter à confusion<sup>517</sup>, voire, conduire à l'insécurité juridique<sup>518</sup>.

**302.** A cet égard, une valeur scientifique ne doit être accordée aux remises à la fois inhérentes à la dette et personnelles au débiteur et qui ne profitent pas à la caution, dans le cadre des procédures collectives, qu'autant qu'il est possible de construire une théorie des remises consenties dans le cadre des procédures collectives, sans altérer la relation entre le rapport de base et le rapport de droit accessoire de la garantie. Or, justement, il s'agit d'une opération difficile à scinder et le législateur de l'Acte uniforme n'y est pas arrivé.

**303. Conclusion de la section 2 :** La recherche d'un environnement sécurisé propice à la vie des affaires dans un système juridique en friche est inhérente à l'objectif de sauvetage des entreprises. Mais les concepts juridiques devant servir de socle à une telle ambition butent sur des principes juridiques aux contours flous et incohérents dans leur mise en œuvre. Les effets dévastateurs de la notion d'« *exceptions inhérentes à la dette du débiteur* » opposées aux « *exceptions personnelles au débiteur* » retrouvée sous la plume des rédacteurs du Code civil, ont conduit le législateur OHADA à envisager la théorie des « *remises consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives* » opposée à la théorie des « *exceptions inhérentes à la dette* », ramenant au fond au « *bonnet blanc, blanc bonnet* ». Le dénouement de cette crise de politique de protection et de sécurité juridique consistera à envisager des droits exclusifs du débiteur dans le cadre des procédures collectives.

## **Conclusion du chapitre I**

**304.** L'ouverture de la procédure de redressement judiciaire du débiteur modifierait foncièrement la nature même de l'institution du cautionnement en modifiant sa cause. Or, la sûreté, à ce moment-là, ne s'analysera plus en un cautionnement mais en une garantie à première demande. La solidarité attachée au cautionnement avait permis de récupérer l'anomalie mais la consécration légale de l'une des garanties autonomes, notamment, la lettre de garantie, devrait

---

<sup>517</sup> S. DE LA MARNIERRE, art. préc., p. 1040.

<sup>518</sup> A. WEILL, *Droit civil : introduction générale*, Précis Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1973, n° 131 et 138 ; F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », art. préc., p. 148. En droit communautaire de l'Union Européenne, la Cour de justice rattache aussi à l'idée de sécurité juridique l'exigence de la clarté et de précision de la règle ou de l'acte. Selon la Cour (CJCE, 28 avr. 1993, aff. C-306/91, Commission c/Italie, Rec., p. I-2151 (point 14), « conformément à une jurisprudence constante de la Cour, les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers exigent que, dans les domaines couverts par le droit communautaire, les règles de droit des Etats membres soient formulées d'une manière non équivoque qui permettent aux opérateurs concernés de connaître leurs droits et leurs obligations et aux juridictions nationales d'en assurer le respect ».

permettre de faire un choix, *ab initio*, au moment de la conclusion du contrat, pour éviter un mélange de genre et de régime.

**305.** Cette option, loin de voir sa justification dans la spécialité du droit des procédures collectives, peut s'expliquer plutôt par le souci de briser les chaînes du principe de l'accessoire et d'affirmer l'autonomie d'une sûreté en quête d'efficacité. Formellement, le droit uniforme ne fait que consacrer une hypothèse de dissociation du sort de la caution et celui du débiteur principal, tenus à des obligations indépendantes du point de vue de leurs modalités d'exécution, observée dans la règle de la suspension des actions individuelles et de l'interdiction des paiements. Cette situation s'observe aussi dans l'étendue de l'engagement de la caution, retrouvée dans les remises consenties au débiteur pour l'apurement du passif. Il en résulte que le droit du cautionnement est altéré et cette altération reste constante durant toutes les phases du redressement du débiteur principal.

## **CHAPITRE II- L'ALTERATION DU DROIT DU CAUTIONNEMENT PAR LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DES DIFFICULTES DU DEBITEUR PRINCIPAL**

**306. La primauté du sauvetage du débiteur et le paiement du créancier.** La procédure de redressement judiciaire poursuit, entre autres objectifs, la sauvegarde de l'entreprise pour redonner vie à l'activité exploitée. Le déroulement de cette procédure entraîne, peu ou prou, des incidences importantes sur le rapport d'obligation qui unit le créancier et la caution ayant garanti l'obligation principale. Pour apprécier, d'une façon globale, le sort de l'engagement de la caution dans les diverses étapes du sauvetage du débiteur après la cessation des paiements, le terme « altération » ou restriction à la règle de l'accessoire paraît plus indiqué que celui de l'« éviction » qui ne tient pas suffisamment compte des contrastes que l'on peut noter en l'état actuel du droit positif.

**307.** Le conflit normatif émergé de la confrontation du principe de l'accessoire attaché au cautionnement et le droit des procédures collectives n'est pas totalement résolu au détriment du premier. Les mesures destinées à réduire le passif et à préserver ou à reconstituer l'actif, alors constituant des mesures obtenues dans le cadre des procédures collectives, échappent au bénéfice de la caution (Section 1). De plus, le sauvetage de l'entreprise, nécessité par le traitement judiciaire des difficultés et traduit par la poursuite des contrats en cours ou, encore, par la cession des contrats, influe sur le sort de la caution ayant garanti ces divers engagements (Section 2).

### **Section 1 - L'incidence des mesures de sauvegarde du patrimoine du débiteur principal sur la caution**

**308. Le gel du passif du débiteur et l'étendue de l'engagement de la caution.** Lorsque le jugement d'ouverture de la procédure débouche sur le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, la discipline collective impose de sévères restrictions aux prérogatives individuelles des créanciers bénéficiaires du cautionnement. Elles se manifesteront plus catégoriquement dans la procédure de redressement dominée par la logique de sauvegarde du patrimoine du débiteur principal. Au contact de ces restrictions, la double conception, *a priori* antagoniste du cautionnement, suscite à nouveau la polémique relative au sort de l'engagement de la caution dans le cadre des mesures destinées à réduire ou à geler le passif (Paragraphe 1) ou, encore, à reconstituer et à préserver l'actif du débiteur en redressement (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 - L'incidence du gel du passif du débiteur principal par l'arrêt du cours des intérêts sur la caution**

**309. L'arrêt du cours des intérêts : une mesure aggravant l'engagement de la caution.** Le législateur accorde au débiteur défaillant des mesures destinées à figer ou à réduire le montant de son passif pour lui permettre de réussir son redressement. Cette règle peut être regardée comme une des exceptions inhérentes à la dette ; elle affecte l'engagement de la caution. Cette altération du droit du cautionnement est obtenue, soit de façon indirecte, par la forclusion ou l'extinction de la créance non déclarée, soit par l'effet du jugement d'ouverture de la procédure. La problématique de l'effet du défaut de production de la créance par le créancier sur la situation de la caution devant être abordée plus loin, il faut reconnaître pour l'instant que la règle de l'arrêt du cours des intérêts emporte des conséquences juridiques discutées sur l'engagement de la caution (B) relativement à la nature des intérêts arrêtés (A).

### **A- La nature de l'arrêt du cours des intérêts**

**310. Le principe de l'arrêt du cours des intérêts.** Aux termes de l'article 77 AUPC, la décision d'ouverture, quelle que soit la procédure en cause, arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts légaux et conventionnels, de tous intérêts et majorations de toutes les créances, qu'elles soient ou non garanties par une sûreté. Cette solution du droit uniforme est une règle traditionnelle du droit des procédures collectives<sup>519</sup> ajoutée aux exigences de l'organisation collective et à la conception curative du redressement judiciaire de l'entreprise. Le principe de l'égalité entre les créanciers explique l'interdiction déjà faite par l'article 55 de la loi française de 1985 qui dispose que le jugement d'ouverture du redressement arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que tous les intérêts de retard et majorations<sup>520</sup>. La règle de l'arrêt du cours des intérêts connaît toutefois des exceptions.

---

<sup>519</sup> B. SOINNE, « Le cours des intérêts postérieurs au jugement déclaratif », *Gaz. Pal.* 1983, doct., p. 135 et s. Selon l'article L. 622-28, alinéa 1, du code de commerce, « le jugement d'ouverture 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 ».

<sup>520</sup> Sous l'empire de l'ancien code de commerce, notamment aux articles 445 et 476, puis de l'article 39 de la loi française du 13 juillet 1967, l'ouverture de la procédure collective entraînait l'arrêt du cours des intérêts des créances qui lui sont antérieures. L'article 55 de la loi française du 25 janvier 1985 a repris ce principe en élargissant sa portée et l'innovation majeure de cette loi réside dans le fait que cette mesure s'applique entre les parties au contrat, soit le débiteur et le créancier, à la différence de l'article 39 de la loi du 13 janvier 1967 qui arrêtaient les intérêts uniquement à l'égard de la masse. L'Acte uniforme de l'OHADA rejoint la solution retenue par la loi française de 1967, en arrêtant le cours des intérêts à l'égard de la masse seulement.

**311. Les exceptions à la règle de l'arrêt du cours des intérêts.** L'article 77 AUPC prévoit que la règle de l'arrêt du cours des intérêts est écartée pour les titulaires de « *contrats de prêts conclus pour une durée égale ou supérieure à un an* » ainsi que pour les titulaires « *de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus* », mais à condition que la décision ouvre une procédure de redressement judiciaire. Il s'agit, ici, de favoriser les crédits à moyen terme par rapport aux crédits à court terme<sup>521</sup>. L'interprétation stricte du texte d'exception s'impose. Par conséquent, il doit s'agir de prêts, au sens strict, ou d'opérations assorties d'un paiement différé d'un an ou plus. Les opérations de crédit-bail seront donc exclus<sup>522</sup>, à moins que l'exigibilité du premier loyer ne soit différée d'au moins un an. Il en est de même des ouvertures de crédit à durée indéterminée<sup>523</sup>. Au contraire, l'ouverture de crédit à durée déterminée au moins égale à un an permet de bénéficier de l'exception à la règle de l'arrêt du cours des intérêts<sup>524</sup>. Mais la question délicate à régler concerne la détermination de la durée. Dans ce cas, seule la durée stipulée dans la convention est prise en compte, non la durée restant à courir. Il s'ensuit, par exemple, qu'un prêt conclu pour une durée initiale de six mois n'autorisera pas le prêteur à bénéficier de la continuation du cours des intérêts en dépit d'un avenant de report d'échéances pour une durée totale de plus d'un an<sup>525</sup>.

**312.** La continuation du cours des intérêts se limitant à la procédure de redressement judiciaire, mais jouant en toutes les phases de la procédure, la difficulté particulière consiste à savoir si un créancier, *a priori* bénéficiant du cours des intérêts, peut en être privé par le concordat de redressement. La suppression des intérêts peut s'analyser, en effet, comme une remise prohibée<sup>526</sup>. Pour cette raison, dans le silence du concordat de redressement sur la question, il semble qu'il y ait place à continuation automatique du cours des intérêts<sup>527</sup>. En cas de

<sup>521</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *op. cit.*, n° 2988 ; F. DERRIDA, GODE et J.-P. SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1991, n° 533 ; Y. GUYON, *op. cit.*, n° 1242.

<sup>522</sup> Aix-en-Provence, 8<sup>e</sup> ch., 5 juill. 1991, *Juris-data* n° 049220 ; Paris, 5<sup>e</sup> ch. B, 22 oct. 1993, *Juris-data*, n° 024116 ; Paris, 9 oct. 1997, *RJDA* 1998/1, n° 72.

<sup>523</sup> Cass. Com., 6 mai 1997, *JCP E* 1997, II, 996, note D. LEGEAIS ; *Quot. Jur.* 10 juin 1997, p. 4.

<sup>524</sup> Cass. com., 19 mars 1996, *D.* 1996, IR, 111 ; *RD bancaire et bourse* 1996, 127, obs. M.-J. CAMPANA et CALENDENI ; *Rev. proc. coll.* 1996, 490, n° 2, obs. E. KERCKHOVE ; *RTD com.* 1996, 720, obs. A. MARTIN-SERF ; Cass. com., 9 janv. 2001, *D.* 2001, AJ, 923, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.* 2001, 748, n° 13, obs. M. CABRILLAC ; *RTD com.* 2001, 975, obs. MARTIN-SERF ; *RD bancaire et fin.* 2001/3, p. 165, n° 13, obs. F.-X. LUCAS ; Cass. com., 26 juin 2001, *Act. proc. coll.* 2001/16, n° 206 ; *RTD com.* 2001, 748, n° 13, obs. M. CABRILLAC ; Cass. com., 4 fév. 2003, *Act. proc. coll.* 2003/7, n° 85 ; Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-13. 885.

<sup>525</sup> Cass. com., 29 avril 2003, *D.* 2003, AJ, 1436 ; *Act. proc. coll.* 2003/10, n° 126 ; *JCP E* 2003, chron. 1396, p. 1569, n° 1, obs. CABRILLAC ; *RTD com.* 2003, 818, n° 13, obs. A. MARTIN-SERF ; *RD bancaire et fin.* 2003/6, p. 370, n° 235, obs. F.-X. LUCAS.

<sup>526</sup> Colmar, 10 janv. 1990, *D.* 1991, somm. 111, obs. F. DERRIDA.

<sup>527</sup> Un rapprochement du concordat de redressement avec le plan autorise la possibilité de continuation automatique du cours des intérêts. Dans ce sens, Amiens, 4<sup>e</sup> ch. com., 4 avril 2000, RG, n° 99/01375, cité par LE CORRE et LE CORRE-BROLY, *op. cit.*, n° 378, p. 362.

continuation du cours des intérêts il doit y avoir la possibilité de mise à l'écart de la capitalisation des intérêts ; autrement dit, de l'anatocisme. La règle du cours des intérêts doit donc pouvoir jouer<sup>528</sup>. Cependant, la règle de l'arrêt du cours des intérêts ne saurait dépendre de la volonté des parties exprimée dans le concordat de redressement.

### **213. L'arrêt du cours des intérêts : une exception inhérente à la dette du débiteur principal.**

Selon MM. Le Corre et Le Corre-Broly, la continuation du cours des intérêts joue tant dans les rapports du créancier et du débiteur principal que dans ceux du créancier et de la caution<sup>529</sup>. Il en va également ainsi pour l'arrêt des intérêts qui constitue une exception inhérente à la dette. La caution ne peut, en principe, en vertu de la notion d'exception inhérente à la dette, posée par l'article 18 AUS, être tenue des intérêts arrêtés par l'effet de la loi, pour une double raison lorsqu'il n'est pas prévu une clause de retour à meilleure fortune. D'abord, la créance d'intérêts n'ayant pas d'existence juridique à l'égard du débiteur principal, l'obligation de la caution ne peut valablement exister conformément aux dispositions de l'article 7 AUS<sup>530</sup>. Ensuite, en raison du fait que la créance d'intérêts liée à la créance principale antérieure n'a pas pu prendre naissance, celle-ci ne doit pas être déclarée à la procédure. Le créancier déclarera uniquement la créance principale augmentée des intérêts échus et non des intérêts à échoir. Cette créance aura autorité de la chose jugée à l'égard de la caution solidaire en l'absence de réclamation de sa part. Le créancier ne pourra donc réclamer à la caution que la créance admise à la procédure du débiteur. Or, cette créance ne doit pas comprendre les intérêts à échoir lorsqu'ils résultent d'un différé égal ou supérieur à un an. La caution ne devra bénéficier de l'arrêt du cours des intérêts que pour les prêts et les contrats assortis d'un différé de paiement d'un an au moins.

## **B - L'évolution de l'incidence de l'arrêt du cours des intérêts sur l'engagement de la caution**

**214. L'influence de la règle de l'arrêt des intérêts sur le cautionnement : une histoire instable.** L'interdiction du cours des intérêts concerne les contrats de prêts conclus pour une période égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Cette règle est une solution qui a un domaine d'application limité, une portée juridique relative, mais dont la formulation a évolué au cours de l'histoire des législations dans des termes qui, eux

<sup>528</sup> Paris, 3<sup>e</sup> ch. B, 27 févr. 1998, *D. Aff.* 1998, 583 ; G. GAUTHIER, « La continuation du cours des intérêts dans le cadre de la liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 28 fév. et 1<sup>er</sup> mars 2001, p. 53 ; contra, Versailles, 20 sept. 1990, *Bull. inf. c. cass.* 1990, n° 333.

<sup>529</sup> P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY, *op. cit.*, n° 378, p. 361.

<sup>530</sup> L'article 7 AUS dispose : « *Le cautionnement ne peut exister que si l'obligation principale garantie est valablement constituée* ».

aussi, ont modifié la position du problème de son incidence sur l'obligation de la caution. La situation de la caution a connu une évolution avant et sous l'empire de la loi française de 1985 avant d'être consacrée par le législateur du droit communautaire. Le rappel de cette évolution a pour intérêt de montrer que l'incidence de cette règle sur le droit du cautionnement a connu une histoire mouvementée.

**315. Le point de départ : la discrimination opérée avant la loi du 25 janvier 1985.** Le droit français opérait une distinction parmi les créanciers. Conservés jusqu'à la loi du 13 juillet 1967, les termes de l'ancien code de commerce arrêtaient le cours des intérêts de toutes les créances non garanties par une sûreté spéciale. La règle s'imposait donc aux créanciers chirographaires et aux titulaires de privilège général. En revanche, les intérêts des créances garanties par un privilège spécial, tel un nantissement ou une hypothèque, continuaient à courir, sous réserve d'une demande portant sur les sommes issues des biens affectés à la sûreté<sup>531</sup>.

**316.** Cette solution, dont il était expressément prévu qu'elle ne valait qu'à l'égard de la masse des créanciers, était caractérisée par son effet relatif. Logiquement, il convenait d'en déduire qu'en tant que telle, l'ouverture de la procédure ne dispensait pas le débiteur de son obligation de payer les intérêts, en sorte qu'après le paiement intégral des créances, cette obligation devait être acquittée, le cas échéant, sur le surplus de l'actif<sup>532</sup>.

**317.** En raison du fait que la dette des intérêts du débiteur subsistait, la caution, tenue d'exécuter son obligation après l'ouverture de la procédure collective<sup>533</sup>. Cette solution était compatible avec la conception du cautionnement. D'ailleurs, si à la suite de la clôture de la procédure, le débiteur bénéficie d'un retour à meilleure fortune, ses créanciers pouvaient lui réclamer le paiement des intérêts. Ainsi, les intérêts se trouvaient simplement suspendus<sup>534</sup>. Seulement, le retour à meilleure fortune est un événement hypothétique et incertain, mais aussi indéterminé dans le temps, ce qui peut rendre l'engagement de la caution plus onéreux et ses actions contre le débiteur principal inefficaces. La distinction faite entre les créanciers a été alors abandonnée avec son lot de conséquences sur l'engagement de la caution.

---

<sup>531</sup> Article 39, al. 2, de la loi du 13 juillet 1967.

<sup>532</sup> Cass. com., 17 janv. 1893, *D.* 1893,1, 537, note BOITEL ; *S.* 1894, 1, 113, note LABBE.

<sup>533</sup> Cass. com., 3 mai 1994, *Bull. civ.* n° 165, *JCP G* 1994, IV, 1634 ; *D.* 1994, IR, p. 156.

<sup>534</sup> Malgré la lettre de la loi, la liste des contrats ne se limitait pas au prêt, mais s'étendait aux diverses conventions de crédit, y compris l'ouverture de crédit, Cass. com., 7 fév. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 150 ; *RTD com.* 1989, p. 315, obs. A. MARTIN-SERF.

**318. L'abandon de la distinction sous la loi française du 25 janvier 1985.** Sous l'empire de la loi française du 25 janvier 1985, la règle de l'arrêt du cours des intérêts a fait l'objet d'une formulation autrement catégorique<sup>535</sup>. La distinction entre les créanciers a été abandonnée. Le jugement d'ouverture libère le débiteur des intérêts produits par les créances antérieures et peu importe leur origine : les contrats en cours ou prêts résiliés au jour du jugement d'ouverture<sup>536</sup>. Aux termes de l'article 55 de la loi précitée, le jugement d'ouverture du redressement judiciaire arrête le cours des intérêts, sous réserve des crédits à échéance de plus d'un an<sup>537</sup>. Le paiement des intérêts échus depuis le jugement d'ouverture, pour sa part, n'occupant aucune place parmi les règles relatives à la clôture de la procédure, quelle qu'elle soit, la nature juridique de la règle, ne souffrait point de discussion. Cependant, s'agissant de la période d'application de la règle la Cour de cassation française a considéré qu'elle concerne aussi bien la phase du redressement judiciaire que celle de la liquidation<sup>538</sup>.

**319.** A suivre la lettre et l'esprit de cette loi, le débiteur principal est libéré de tous les intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations à partir du jugement d'ouverture. Cette solution opère, par voie de conséquence, une quasi novation de l'obligation principale garantie initialement productive d'intérêts jusqu'à son extinction en une créance dont le montant est stabilisé au capital et aux intérêts échus au jour du jugement<sup>539</sup>. La question que soulève l'incidence de cette règle sur l'engagement accessoire de la caution intéresse, aussi bien,

---

<sup>535</sup> Sur l'ensemble de la question, voir B. SOINNE, « La continuation du cours des intérêts », *Rev. proc. coll.*, 1988, p. 213 ; B. PASCAL, « Libres réflexions autour de la déclaration des intérêts "à échoir" », *Banque et droit* 1989, p. 200 ; du même auteur, « L'article 55 de la loi du 25 janvier 1985 devant la cour de cassation », *Banque et droit*, 1989, p. 11 ; F. RIZZO, *Le traitement juridique de l'endettement*, préf. J. MESTRE, thèse, Aix-Marseille, 1996, p. 231 ; LEGRAS de GRANDCOURT, « Les intérêts des créances bancaires et les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires », *Rev. proc. coll.*, 1990, p. 45 et s. ; P. LE CANNU, « La préparation du redressement de l'entreprise », *Petites affiches*, 1985, n° 90, p. 4.

<sup>536</sup> Cass. com., 16 avril 1991, *D.* 1991, 362, note C. GAVALDA.

<sup>537</sup> Il existe une imbrication entre les intérêts arrêtés et la détermination de l'étendue de la continuation du cours des intérêts prévus, soulevant la question de savoir si les exceptions de l'article 55 se limitaient aux seuls contrats ou crédits en cours d'exécution à la date d'ouverture de la procédure collective. Dans un arrêt du 2 mai 1990, la Cour d'appel de Rennes, interprétant l'article 55, a refusé la continuation du cours des intérêts produits par une convention de prêt à long terme résiliée par le prêteur préalablement au prononcé du redressement judiciaire contre l'emprunteur qui ne respectait pas les échéances de remboursement (Rennes, 2 mai 1990, *Rev. proc. coll.*, 1990, 423, obs. B. DUREUIL). Par contre, dans un arrêt du 16 avril 1991, la cour de cassation a adopté la solution inverse. En l'espèce, une caisse du Crédit Agricole Mutuel a consenti un prêt de 9 ans à un client. Le jeu d'une clause de déchéance de terme a permis de résilier la convention de crédit avant l'ouverture du redressement judiciaire du débiteur. La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait admis la créance de la banque en principal, augmentée des intérêts échus au jour du jugement d'ouverture et des intérêts à échoir après le jugement. Le commissaire à l'exécution du plan et le représentant des créanciers contestent cette décision au motif que le contrat de prêt n'était plus en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi et refuse donc de faire de la poursuite du contrat au jour du prononcé du redressement, la condition du cours des intérêts, Cass. com., 16 avril 1991, *D.* 1991 préc. ; Com., 11 mai 1993, *Rev. soc.* 1993, p. 652, note Y. CHAPUT.

<sup>538</sup> Com., 7 fév. 1989, *RTD com.* 1989, 316, note A. MARTIN-SERF.

<sup>539</sup> Versailles, 8 déc. 1988, *D.* 1991, somm. com., p. 12, obs. F. DERRIDA ; Toulouse, 15 mai 1990, *Banque* 1990, p. 870.

le principe de son extinction, par voie accessoire, que celui de sa limitation systématique au *quantum* de la créance couverte.

**320. Un vide à combler.** En l'absence de disposition particulière, en droit français, la réaction première des juges du fond saisis était de considérer que la disparition de la masse des créanciers et l'abandon corrélatif de l'effet relatif de l'arrêt du cours des intérêts ne modifiaient pas la situation de la caution. Elle continuait de devoir les intérêts échus depuis l'ouverture de la procédure en dépit de leur arrêt à l'égard du débiteur principal<sup>540</sup>. Certains auteurs ont soutenu que cette position pouvait s'appuyer sur l'affirmation de la limite *rationae temporis* de l'ancien article 2013 du Code civil et sur l'idée que le dispositif du texte saisit la dette de la caution au stade de la formation du contrat de cautionnement, sans préjuger littéralement du régime applicable aux modifications qui affecteraient postérieurement le *quantum* de la dette principale et des intérêts<sup>541</sup>. Cette position est critiquable. En précisant que « *la caution est tenue de la même manière que le débiteur principal* », c'est plutôt le dû qu'il fallait évaluer et pour le faire, il faut forcément se placer au moment de l'exécution de l'obligation pour en déterminer l'étendue précise. L'Acte uniforme prévoit expressément que l'engagement de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur au moment des poursuites<sup>542</sup>.

**321.** Dans un arrêt du 13 novembre 1990, la chambre commerciale, tirant argument de ce que l'obligation de la caution ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal, a jugé que la caution n'était pas tenue des intérêts au-delà de la date du jugement d'ouverture du redressement judiciaire<sup>543</sup>. Cette jurisprudence, devenue constante, par moments<sup>544</sup>, en tirant une conséquence de la logique dictée par la conception du cautionnement, de l'effet extinctif de l'arrêt du cours des intérêts pour libérer la caution, a rencontré une forte résistance de nombreux auteurs. Ceux-ci estiment paradoxal que « *les cautions puissent invoquer une situation contre laquelle elles avaient précisément pour objet de prémunir le créancier* »<sup>545</sup>. Ces critiques ont reçu un écho favorable chez le législateur à l'occasion de la réforme de 1994.

---

<sup>540</sup> H. BOIZARD, « Les intérêts bancaires débiteurs et la procédure de redressement judiciaire et de la liquidation des biens », *JCP E* 1988, suppl. n° 14 et 18, p. 26.

<sup>541</sup> D. GRIMAUD, thèse préc.

<sup>542</sup> Article 7, alinéa 3 AUS.

<sup>543</sup> Cass. com., 13 nov. 1990, préc., *Banque* 1991, p. 208, obs. J.-L. RIVES-LANGE.

<sup>544</sup> Cass. com., 14 déc. 1993, *RTD civ.* 1994, p. 139, obs. M. BANDRAC ; Cass. com., 31 janv. 1995, n° 258, *D.* inédit, réf. citée par E. KERCKHOVE, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 323, n° 2 ; Cass. com., 17 déc. 1996, *RD. bancaire et bourse* 1997, p. 74, note M. CONTAMINÉ-RAYNAUD.

<sup>545</sup> J.-L. RIVES-LANGE, obs. sous Toulouse, 20 fév. 1992, *Banque* 1992, p. 1169 ; M.-J. CANPANA, « Le cautionnement et l'entreprise en difficultés », *Gaz. Pal.*, 1986, 2, doct. 717 ; F. DERRIDA, P. GODE et J.P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3<sup>e</sup> éd., *Dalloz*, 1991, n° 426.

**322. La précision de la loi française du 10 juin 1994.** L'un des apports essentiels de la réforme effectuée par la loi du 10 juin 1994 résidait dans la modification de cette évolution jurisprudentielle favorable aux cautions et à la simplification du droit positif. La réforme ajoute à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 55 la précision suivante : « *les cautions et les coobligés ne peuvent pas se prévaloir des dispositions du présent alinéa* »<sup>546</sup>. Au regard de cette précision légale, la caution se trouvait tenue au paiement des intérêts alors que le débiteur principal profite de l'effet extinctif de la règle de l'article 55 issue de la nouvelle rédaction. Cette solution contrarie ainsi la conception du contrat de cautionnement, solution reprise par le droit uniforme africain en des termes différents.

**323. La solution issue du droit uniforme africain.** La règle est posée par l'article 77 AUPC mais elle s'inscrit dans l'évolution héritée sur les plans technique, logique et juridique. Fondamentalement, elle permet, d'abord, de faciliter la connaissance du passif, car si les intérêts continuaient à courir, le montant du passif fluctuerait en s'accroissant. Il serait, ensuite, malsain d'invoquer les intérêts là où le remboursement du principal est incertain. Enfin, il y a une égalisation ou un nivellement de la condition juridique des créanciers. Seulement, la portée juridique de la règle de l'arrêt du cours des intérêts est, à la fois, absolue et relative. Absolue, d'abord, la règle l'est, en ce qu'elle concerne les créances, quelles soient chirographaires ou garanties par une sûreté. Relative, la règle l'est, ensuite, en ce sens qu'elle ne joue qu'à l'égard de la masse : seule la masse est fondée à s'en prévaloir.

**324.** Il en découle que les intérêts continuent à courir à l'égard des codébiteurs et des cautions, à qui ils peuvent être réclamés. Cette solution est injuste car même si la caution s'assimile à un tiers *penitus extranei*, les relations contractuelles entre le débiteur principal et les créanciers ne doivent pas aggraver l'engagement accessoire. A suivre le professeur Sawadogo, tout porte à croire que les intérêts courent également à l'égard du débiteur principal. Mais il faut préciser qu'ils ne peuvent utilement être réclamés qu'après la clôture de la procédure et à condition que le débiteur revienne à meilleure fortune : événement futur, hypothétique et incertain. Dans l'hypothèse d'une situation irrémédiablement compromise, les intérêts seront définitivement arrêtés, étant entendu que le texte de l'article 77 AUPC utilise l'expression « arrêt » et non « suspension » du cours des intérêts. Les intérêts cessant donc de courir à l'égard du débiteur, mais continuant à courir à l'égard de la caution, indépendamment de sa qualité et de sa condition

---

<sup>546</sup> J. F. de VALBRAY, « Le cautionnement des dirigeants et la faillite des entreprises », *Petites affiches*, 14 sept. 1994, p. 73 et s. ; J. L. COURTIER, « Evolution récente du droit positif en matière de cautionnement », *Rev. des huissiers*, 1994, p. 1061 et s. ; Com., 22 mai 1994, *D.* 1995, 139, note B. VERNET. Sur la situation de la caution elle-même en redressement judiciaire, Com., 3 mai 1994, *Bull. civ. IV, RJDA*, n° 1069.

juridique, il s'ensuit que la caution est débitrice d'une dette à laquelle le débiteur principal n'est pas obligée. Dès lors, la caution sera tenue plus sévèrement que le débiteur principal ; or, elle est exclue des autres mesures de redressement judiciaire.

## **Paragraphe 2 - L'incidence des mesures de préservation et de reconstitution de l'actif du débiteur principal**

**325. Le dessaisissement du débiteur : l'interdiction des inscriptions et la sanction des actes de la période suspecte.** La mise en œuvre des mesures accordées au débiteur, alors sous protection judiciaire, exige que son patrimoine soit soumis à un régime d'administration pour protéger les intérêts en présence et pour traiter, de manière égalitaire, les créanciers. Le déroulement de la procédure de redressement comporte donc des mesures propres à préserver et ou à reconstituer l'actif du débiteur. A ce titre, l'Acte uniforme arrête le cours des inscriptions de toute sûreté mobilière ou immobilière, qui, par voie de cession d'actions, peut agir sur l'engagement de la caution (A), de même que certains droits des créanciers acquis pendant la période suspecte, frappés d'inopposabilité (B).

### **A - L'influence de l'interdiction de l'inscription des sûretés sur l'engagement de la caution**

**326. L'interdiction des inscriptions : une mesure de préservation de l'actif du débiteur.** La règle de l'arrêt du cours de l'inscription de sûretés qui auraient pu être accordées par le débiteur aux créanciers est posée par l'article 73 AUPC. D'après ce texte, « *la décision d'ouverture arrête le cours des inscriptions de toute sûreté mobilière ou immobilière* ». Cette solution est une volonté législative de « *geler le patrimoine du débiteur* »<sup>547</sup>. Même si tel n'est pas son fondement, la règle assure, tout de même, l'égalité entre les créanciers en interdisant à un créancier chirographaire de devenir privilégié après le jugement d'ouverture de la procédure de redressement. La portée de cette mesure mérite d'être appréciée avant d'envisager son influence sur l'engagement de la caution.

**327. La portée de la règle de l'arrêt de l'inscription de sûretés.** *A priori*, la mesure d'interdiction des inscriptions ne semble pas présenter d'intérêt dans la protection des créanciers dans la mesure où, à compter du jugement d'ouverture, ils sont protégés par la règle du

---

<sup>547</sup> M. LE CORRE et E. LE CORRE- BROLY, *op. cit.*, n° 379, p. 362.

dessaisissement du débiteur. Concrètement, le débiteur ne peut pas accomplir seul des actes d'administration ou de disposition, à ce moment ; il est assisté ou représenté, à l'exception des actes conservatoires. D'un côté, les créanciers postérieurs à la décision d'ouverture de la procédure, lorsque leurs droits sont régulièrement nés, ils sont, soit payés au comptant<sup>548</sup>, soit ils bénéficient d'un ordre de paiement assez intéressant si la majeure partie des biens composant l'actif du débiteur en difficulté n'est pas affectée à des sûretés spéciales<sup>549</sup>. D'un autre côté, les sûretés régulièrement constituées et publiées avant le jugement d'ouverture ne peuvent être remises en cause que par la voie des inopposabilités de la période suspecte.

**328.** Cependant, il peut arriver que les sûretés régulièrement prises avant le jugement d'ouverture n'aient pas fait l'objet de publication jusqu'à la date de la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Dans le cas où la règle de l'arrêt des inscriptions ne serait pas prévue, rien n'empêcherait la publication de telles sûretés<sup>550</sup>. Du reste, cette règle a une portée étendue, tant elle vise toute sûreté mobilière qu'immobilière sans distinguer entre leur source<sup>551</sup>. La publication deviendra impossible en raison de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, étant entendu que si malgré l'interdiction, il est procédé à la publication de la sûreté, elle est purement et simplement annulée ou déclarée inopposable. Compte tenu du fait que l'interdiction a une portée absolue, son incidence sur les relations entre créancier bénéficiaire d'un cautionnement et la caution s'impose.

**329. L'impact de l'arrêt de l'inscription des sûretés sur l'engagement de la caution.** La portée étendue, mais aussi absolue de la règle, soulève la question de la possibilité ou non pour la caution de s'en prévaloir. En réalité, il revient au créancier de faire diligence dans la publication des sûretés afin d'éviter qu'elle ne devienne impossible. Or, cette impossibilité est l'effet de la loi. Dans cette hypothèse, sur un plan d'ensemble, cette interdiction peut causer injustement

---

<sup>548</sup> Article 108 AUS

<sup>549</sup> Articles 166 et 167 AUPC

<sup>550</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 208, p. 204.

<sup>551</sup> La règle de l'arrêt d'inscription des sûretés vise les sûretés conventionnelles, légales ou judiciaires. Elle concerne toutes les sûretés réelles soumises à publicité. Elle vise les hypothèques, nantissements et privilèges, tout comme l'antichrèse (cette garantie n'est pas prévue par l'AUS) et les divers privilèges immobiliers spéciaux. Elle est également générale dans le domaine des sûretés mobilières. Seront donc concernés, les hypothèques maritimes, fluviales ou sur aéronef, le gage sur matériel ou outillage ou encore le gage sur véhicule automobile. Il en va ainsi pour le nantissement du fonds de commerce ou des divers warrants soumis à publicité. Cette règle peut aussi être étendue aux biens. Mais la question fondamentale est liée à l'indivision et au conjoint *in bonis*. La première inquiétude consiste à savoir s'il est possible d'inscrire une sûreté du chef d'un coindivisaire *in bonis* alors qu'un des coindivisaires est en redressement judiciaire. La réponse semble être positive sur la question. Dans ce sens, S. GROSJEAN, « Le sort des inscriptions hypothécaires sur les immeubles appartenant concurremment au débiteur en redressement judiciaire et à d'autres personnes », *Deffrénois* 1999, art. 36891, 1345 mais surtout n° 7 et s.; Cass. com., 20 juin 1995, *Bull. civ.* IV, n° 183 ; D. 1997, 1, rap. J.-P. REMERY, somm. 205, obs. S. PIEDELIEVRE ; *Petites affiches*, 17 avril 1996, p. 11, note A. HONORAT. S'agissant de la possibilité d'inscrire une sûreté sur le bien commun du chef de l'époux resté *in bonis*, la réponse semble être négative.

préjudice à des créanciers de bonne foi surpris par l'ouverture de la procédure, surtout aux créanciers à qui aucun délai préfix n'est accordé pour inscrire leurs sûretés nonobstant l'ouverture de la procédure<sup>552</sup>. Lorsque le créancier aura tardé dans l'inscription des sûretés qui garantissent sa créance à l'encontre du débiteur sous procédure, il aura, dans ce cas, laissé perdre un droit préférentiel qui ne permet plus à la subrogation de s'opérer en faveur de la caution<sup>553</sup>. La doctrine s'accorde pour considérer que ce fait du créancier constitue une faute<sup>554</sup>. La portée générale de l'interdiction autorise à affirmer que la caution peut se prévaloir de la perte de la sûreté non inscrite avant le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire car cela lui cause un préjudice.

**330. La difficulté de décharge de la caution.** La caution est en principe déchargée lorsque la subrogation ne peut s'opérer en sa faveur du fait du créancier. Elle ne sera déchargée qu'en proportion du préjudice subi<sup>555</sup> et si seulement elle démontre que la perte de la sûreté ou du droit préférentiel dont l'inscription est interdite postérieurement au jugement d'ouverture est imputable à la faute du créancier<sup>556</sup>, et non à l'effet de la loi<sup>557</sup>. La charge de la preuve devant peser sur la tête de la caution, il lui sera pratiquement impossible de supporter les affres de cette preuve. En vérité, aucun système de communication des différents registres et fichiers retenus par l'Acte uniforme pour l'organisation du registre du commerce et du crédit mobilier n'est prévu pour le public. Cette insuffisance tranche, encore, une fois, selon M. Santos, avec les objectifs de publicité et de transparence<sup>558</sup>. De même, l'absence de délai préfix pour tous les créanciers du débiteur constitue un frein au succès de l'action de la caution car le créancier s'abritera derrière l'interdiction légale d'inscription pour échapper aux poursuites de la caution. La caution devra donc démontrer la perte du droit préférentiel par omission ou par déclaration de

---

<sup>552</sup> Y. GUYON, *op. cit.*, n° 1243. Aux termes de l'article 108, alinéa 2, de l'AUS, un délai de six mois est accordé aux administrations fiscales, douanières et aux organismes de sécurité ou de prévoyance sociale, à compter de l'exigibilité de leurs créances, pour procéder à l'inscription de leurs privilèges au registre de commerce et de crédit mobilier. De même, l'article 121 AUDCG accorde un délai de quinze jours à l'acquéreur pour la publication de l'acte de cession du fonds de commerce.

<sup>553</sup> Le fait pour un créancier hypothécaire de ne pas renouveler son hypothèque, en temps utile, n'entraîne la perte de la sûreté que si l'un des événements entraînant l'arrêt du cours des inscriptions est intervenu avant ce renouvellement tardif, TPI de Yaoundé Centre Administratif (Cameroun), 2 juin 2002, ordonnance n° 632/C, affaire Mme Veuve Ayissi Tsogo née Eboudou et Zambo Martine c/ Crédit Foncier du Cameroun et autres, *ohada.com/ohadata*, J-04-413.

<sup>554</sup> Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 398; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 536.

<sup>555</sup> Cass. com., 3 nov. 1975, *JCP G* 1978, II, 18891, obs. Ph. SIMLER.

<sup>556</sup> P. ANCEL, *op. cit.*, n° 478; F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, *op. cit.* n° 541, p. 409.

<sup>557</sup> G. PARLEANI, *op. cit.*, n° 43.

<sup>558</sup> A. SANTOS, Commentaires sous l'article 20 AUDCG, *op. cit.*, p. 2001 ; du même auteur, « L'immatriculation au nouveau registre du commerce et du crédit mobilier », *Rev. togolaise de droit des affaires et d'arbitrage*, mars 2000, p. 2 ; voir également, A. DELABRIERE, « Le registre de commerce et du crédit mobilier, instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace OHADA », *Penant*, n° spécial 840, in « Sûretés et garanties bancaires », p. 369.

la créance faite par le créancier à titre chirographaire<sup>559</sup> et le créancier la rectitude de son comportement dans la procédure d'inscription. La décharge de la caution peut aussi être envisagée si la perte de la sûreté, pour n'avoir pas été inscrite avant le jugement d'ouverture existait antérieurement ou concomitamment à l'engagement de la caution. En réalité, comme le soulignent des auteurs<sup>560</sup>, la constitution de la sûreté peut avoir déterminé la caution à s'engager. Même si le motif déterminant de l'engagement de la caution est d'actualité, l'idée reste contestée si l'on fait reposer les règles de la subrogation sur la bonne foi et l'équité.

**331.** Il s'ensuit que le principe de préexistence ou de concomitance, admis en doctrine<sup>561</sup> et confirmé en jurisprudence<sup>562</sup>, supporte des exceptions lorsque le créancier s'est engagé à constituer certaines garanties<sup>563</sup>, ou lorsque la caution pouvait légitimement croire en la constitution d'une sûreté<sup>564</sup>. Il se dégage des règles régissant l'application de la théorie de la subrogation que la caution peut se prévaloir de l'interdiction des inscriptions pour obtenir une décharge proportionnée au préjudice effectivement subi<sup>565</sup>. Ce préjudice risque, néanmoins, d'être faible dans la mesure où la sûreté perdue aurait vocation à garantir une créance antérieure. Or, cette créance sera primée par les créances de la procédure, même si elle est affectée d'une sûreté. L'engagement de la caution est donc affecté par la règle de l'arrêt de l'inscription des sûretés et le sera, encore, dans les actes accomplis par le débiteur en période suspecte.

## **B - L'influence de la sanction des actes suspects sur l'engagement de la caution**

**332. L'existence de la période suspecte : condition de l'inopposabilité des actes suspects.** La période suspecte n'existe que si la date de la cessation des paiements antérieure au jugement d'ouverture a été fixée, soit dans le jugement d'ouverture, lui-même, soit dans un jugement de report de date de la cessation des paiements. Les actes conclus par le débiteur dans la période qui précède l'ouverture de la procédure collective ont toujours été suspects aux yeux du législateur.

---

<sup>559</sup> Ph. DELEBECQUE, « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », art. préc., n° 14 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 836, p. 661.

<sup>560</sup> Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 413 ; E. BROCARD, thèse préc., n° 614, p. 338.

<sup>561</sup> C. AUBRY et C. RAU, par A. PONSARD, *op. cit.*, n° 240 ; Ch. BEUDANT et R. LEREBOURG-PIGEONNIERE, par P. VOIRIN, *op. cit.*, n° 106 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, par R. SAVATIER, n° 1559 ; P. ANCEL, *op. cit.*, n° 483 ; Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 413 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 825.

<sup>562</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 oct. 1980, *Bull. civ. I*, n° 249.

<sup>563</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 5 oct. 1964, *JCP* 1965, II, 13979.

<sup>564</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 fév. 1970, *Gaz. Pal.* 1970, I, 201 ; Cass. com., 20 oct. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 340 ; civ. 1<sup>re</sup>, 26 avr. 1983, *Bull. civ. I*, n° 130.

<sup>565</sup> Sur l'articulation de l'exception de subrogation avec les procédures collectives, P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2006/2007, n° 712. 71 à 712. 78.

**333. La sanction de la période suspecte : une mesure de reconstitution de l'actif du débiteur.** En principe, le débiteur garde la maîtrise absolue des biens de son entreprise, tant il est le maître du patrimoine, libre de s'enrichir ou de s'appauvrir. Mais le risque de le voir retrancher un ou plusieurs éléments de l'actif de son patrimoine afin d'offrir à ses créanciers le gage le plus réduit possible est très grand lorsqu'il est en cessation des paiements. En effet, le patrimoine du débiteur peut, artificiellement, être détourné par interposition d'un tiers, notamment, une personne morale fictive ou un conjoint servant de prête-nom<sup>566</sup>. Mais le débiteur peut radicaliser sa démarche jusqu'à amputer son patrimoine par le retranchement d'une valeur d'actif. Avant le jugement d'ouverture de la procédure, le débiteur est libre de disposer de ses biens. Compte tenu du fait que ses difficultés financières ne surviennent pas du jour au lendemain, l'ouverture d'une procédure de redressement à son encontre est le plus souvent précédée d'une période, plus ou moins longue, au cours de laquelle il cherche par tous les moyens à lutter contre sa défaillance. La perspective d'un redressement peut accroître les risques d'évaporation d'actifs. Evidemment, *« le temps qui précède la procédure collective est extrêmement dangereux pour les créanciers livrés aux agissements d'un débiteur non dessaisi. C'est en effet, au cours de cette période, dite suspecte, que le débiteur, en face d'une situation s'obérant au fil des jours, peut se livrer, afin de tenter un rétablissement hasardeux, à des actes désespérés, ruineux, parfois même frauduleux en vue de faire échapper une partie de son actif à la procédure collective qu'il sent inévitable »*<sup>567</sup>.

**334.** A compter du jugement d'ouverture de la procédure, le risque de voir le débiteur retrancher des actifs de son patrimoine devient pratiquement inexistant, car le patrimoine du débiteur, frappé de dessaisissement, devient totalement indisponible et le droit de poursuite des créanciers collectivisé. La question de l'incidence des actes effectués sur l'engagement de la caution se pose véritablement dans la période qui précède l'ouverture de la procédure collective, autrement dit, à un moment où le débiteur n'est pas toujours solvable. La situation de la caution devra être

---

<sup>566</sup> Dans ce sens, P. DIDIER (*Droit commercial*, t. 5, *L'entreprise en difficulté*, coll. Thémis, PUF, 1995, p. 452) cite Locré (p. 481) en ces termes : *« Il serait à désirer, disait-il, que la femme, dans tous les cas, partageât le malheur de son mari. Dans une communauté de biens et de maux, telle qu'est le mariage, il est inconcevable que le désastre du mari ne retombe pas d'abord sur sa famille, et que sa femme ne sacrifie pas tout ce qu'elle possède pour prévenir ou du moins adoucir les torts d'une personne avec laquelle elle est si étroitement unie »*. Napoléon, ajoutait-il, répugnait de voir la femme d'un failli étaler un luxe insolent auprès d'un malheureux créancier dont les dépouilles l'ont peut-être enrichie. Ne serait-ce pas assez de réduire cette femme à de simples aliments ? » ; voir également TREILHARD, Extrait du registre des délibérations du Conseil d'Etat, Corps législatif, séance du 1<sup>er</sup> sept. 1807, p. 32 et s., cité par B. SOINNE, *Rev. proc. coll.* 2001, chron., p. 18, n° 10.

<sup>567</sup> M.-J. REYMOND DE GENTILE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, thèse Paris, t. 25, Biblioth. de droit commercial, Sirey, 1973, p. 7 ; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, avec la collaboration de A. AMIAUD, *Des faillites, des banqueroutes et des liquidations judiciaires, Traité de droit commercial*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1934, t. 7, p. 373 ; PERCEROU, *Des faillites & des banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, avec la collaboration de M. DESSERTAUX, Librairie Arthur Rousseau, 1935, p. 747.

envisagée selon qu'elle s'est engagée en garantie d'un acte passé en période suspecte ou lorsqu'elle s'est engagée en considération de sûretés postérieurement annulées ou inopposables à la masse, car prises pendant cette période (1) ou, encore, lorsque l'engagement de caution souscrit par le débiteur l'est en période suspecte (2).

## **1- Le cautionnement d'une obligation inopposable à la masse des créanciers**

**335. La distinction pratique des effets de la nullité et de l'inopposabilité.** Suivant les règles de droit commun du cautionnement, l'engagement de la caution ne peut exister que sur une obligation principale valable. Le sort de la caution ne pourra être affecté qu'au moment où les prestations réciproques entre le créancier et le débiteur auront été restituées par application de l'effet rétroactif de la nullité. Si le débiteur ne restitue pas la prestation qu'il a reçue du créancier, la caution reste tenue tant que cette obligation de restitution ne sera pas éteinte<sup>568</sup>. Dans un sens contraire, en un moment où la règle applicable était la nullité des actes conclus en période suspecte, un paiement effectué par le débiteur, puis déclaré nul, parce que accompli en période suspecte entraînait une renaissance de l'engagement de la caution à l'égard du créancier.

**336.** A la différence du droit français qui a opté pour la nullité<sup>569</sup>, le législateur OHADA a réhabilité le principe de l'inopposabilité des actes de la période suspecte issu du Décret de 1955 et de la loi française du 13 juillet 1967. Ne doit-on pas assimiler les effets de la nullité et de l'inopposabilité des actes frauduleux pour maintenir l'engagement de la caution quelle que soit la sanction de l'acte irrégulier ? Il ne doit pas être fait un amalgame aboutissant à une assimilation de ces deux sanctions. En effet, comme l'énoncent avec justesse MM. Terré et Simler, « *l'identité des effets ne permet pas de déduire que les concepts sont équivalents* »<sup>570</sup>. Contrairement à la nullité qui fait disparaître toute trace d'un acte ou, plus précisément, détruit tous les effets légaux qui s'y attachent, en matière d'inopposabilité, l'acte en cause reste parfait et exécutoire à l'égard des parties, le débiteur et le tiers cocontractant. Si certains auteurs ont tendance à définir l'inopposabilité comme une variété de nullité<sup>571</sup>, tout de même, au moins, en

---

<sup>568</sup> Cass. com., 17 nov. 1982, D. 1983, 527, note M. CONTAMINE-RAYNAUD; JCP 1984, II, 20216, note Ph. DELEBECQUE et Ch. MOULY ; civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 1992, Bull. civ. I, n° 154 ; RTD civ. 1992, 799, obs. BANDRAC; JCP G 1992, I, 3608, obs. FARGE-MAGNAN.

<sup>569</sup> Les juristes italiens du Moyen-Age, dans la perspective d'un redressement justifiant une protection spécifique du gage commun des créanciers par le droit des procédures collectives, ont développé la théorie de la période suspecte en assimilant le commerçant près de faillir au commerçant failli : les actes accomplis par ce dernier dans une période dite *proximum tempus decoctionis* étaient annulés ; J.-C. MAY, « Le sort des actes accomplis par le débiteur pendant la période suspecte », *Petites affiches*, 16 fév. 1986, p. 25.

<sup>570</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 467.

<sup>571</sup> La difficulté de faire la distinction pratique entre les effets de l'inopposabilité, en l'occurrence, par rapport à ceux produits par la nullité, continue à maintenir le caractère trop théorique de la classification fondée sur les effets

ce qui concerne la nature juridique de la sanction de l'acte irrégulier, ils sont unanimes pour reconnaître la différence quant à leurs effets. Il en va ainsi dans le domaine du cautionnement donné par le dirigeant de la société anonyme, où la jurisprudence française<sup>572</sup>, suivie par la doctrine<sup>573</sup>, a opté, après une période d'incertitude, pour l'inopposabilité lorsque le dirigeant n'a pas obtenu du conseil d'administration<sup>574</sup> l'autorisation préalablement requise par la loi<sup>575</sup>. Aux termes de l'article 449 AUDCGIE, « *les cautions, avals, garanties à première demande souscrits par la société pour des engagements pris par des tiers font l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration* »<sup>576</sup>. Cette autorisation peut permettre d'élargir le champ d'application du texte pour englober les lettres de confort ou d'intention dont la qualification va poser des problèmes pour savoir s'il s'agit d'une obligation de moyen ou d'une véritable obligation de résultat<sup>577</sup>.

**337.** Si l'inopposabilité ne bénéficie qu'à certains tiers déterminés, elle a comme effet principal et constant de laisser subsister le contrat entre les parties. Ce contrat qui demeure l'expression de leur libre volonté est légal et parfait, donc exécutoire. Le cocontractant du débiteur peut être considéré alors comme un créancier à retardement dont les droits sont paralysés par l'inopposabilité ; ceux-ci reprenant leur vigueur sur le reste du patrimoine et sur les biens futurs du débiteur en difficulté, notamment, en cas de retour à meilleure fortune. Cette situation future, hypothétique est incertaine pour la caution qui sera à ce moment tenue plus sévèrement que le débiteur principal.

**338. L'hypothèse de la dation en paiement confrontée à la théorie de l'éviction du créancier.** Aux termes de l'article 25 AUS, « *l'extinction partielle ou totale de l'obligation principale entraîne, dans la même mesure, celle de l'engagement de la caution* ». En acceptant à

---

produits par ces actions. C'est ainsi que Japiot les a assimilées en considérant que la nullité est, elle aussi, l'expression d'une sanction dirigée contre les seuls effets de l'acte, R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse préc., p. 33.

<sup>572</sup> Cass. Com., 29 janv. 1980, *Bull. civ.*, n° 47; *D.* 1980, IR, 372; *Gaz. Pal.* 1980, 1, somm. 151; *Rev. soc.* 1981, 83, note Y. GUYON; com., 6 mai 1986, *Bull. civ. IV*, n° 86; *Rev. soc.* 1987, 257, 257, note P. DIDIER; com., 8 nov. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 302; *D.* 1988, IR, 282; *JCP* 1989, II, 21230, note J.-F. BARBIERI; Com., 8 oct. 1991, *JCP G* 1992, II, 21877, note J.-F. BARBIERI; *RTD com.* 1992, 638, obs. REINHARD; Com., 15 oct. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 298; *D.* 1991, IR, 252; *JCP* 1989, II, 21305, note ESTOUP. Cette jurisprudence peut être rapprochée de celle relative à la lettre d'intention ou de confort, Cass. com., 8 nov. 1994, *Bull. civ.*, n° 330; *Rev. soc.* 1995, 63 et 308, note Ph. DELEBECQUE; *D.* 1994, IR, 270; *JCP E*, 1995, II, 654, note BARBIERI.

<sup>573</sup> M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Domat/ Montchrestien, 2° éd., 1992, p. 259 et s.; P. LE CANNU, note sous, com., 11 juill. 1988, *Bull. joly*, 1988, n° 48; Y. GUYON, note préc; P. DIDIER, note préc.

<sup>574</sup> Cette autorisation est uniquement requise pour la garantie des engagements pris par des tiers et non pour ceux pris par la société, cass. com., 11 fév. 1986, *Bull. civ. IV*, n° 14; *Rev. soc.* 1986, p. 243, note DAIGRE.

<sup>575</sup> Cette condition s'applique aux sociétés anonymes. Dans le cadre des SARL, voir, HEMARD, *Rép. Soc., Dalloz*, « Société à responsabilité limitée », n° 439; Cass. com., 10 fév. 1969, *Rev. soc.* 1970, 102.

<sup>576</sup> Sur une appréciation critique de ce texte, F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. N. TOUKAM, P.-G. POUGOUE et M. SAMB, *OHADA, Sociétés commerciales et G. I. E.*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 168, n° 251.

<sup>577</sup> B. MARTOR et autres, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, op. cit.*, n° 402, p. 91.

titre de paiement autre chose que ce que doit le débiteur principal, cette mesure constitue un mode d'extinction des obligations entre le créancier et le débiteur principal au même titre que le paiement. Cette mesure devrait entraîner, par voie accessoire, l'extinction de l'engagement de la caution. En acceptant de recevoir du débiteur principal autre chose que ce qui était convenu, le créancier prend un risque que le droit du cautionnement lui fait supporter, le cas échéant<sup>578</sup>. En effet, l'alinéa 2 de l'article 25 AUS précise que « *la dation en paiement libère définitivement la caution, même si le créancier est ensuite évincé de la chose acceptée par lui. Toute clause contraire est réputée non écrite* ». En réalité, la dation en paiement, pour produire effet, suppose qu'elle soit valable, satisfaisante pour le créancier. Si donc, la dation en paiement équivaut à un paiement libératoire, cela ne sera point le cas d'une dation en paiement intervenu pendant la période suspecte<sup>579</sup>. La seule dérogation admise par le législateur ne vise que l'éviction et la loi précise que toute disposition contraire est réputée non écrite. Mais la question essentielle est de savoir si l'inopposabilité de la dation, effectuée en période suspecte, correspond au critère d'éviction retenue par la loi. Dans l'affirmative, l'inopposabilité de la dation maintiendrait l'extinction de l'obligation de la caution.

**339.** Il semble cependant que la faveur accordée par la loi à la caution soit d'une interprétation restrictive<sup>580</sup>. Ainsi, seule l'éviction prise dans son sens classique préserve la décharge de la caution. Cette éviction ne peut être entendue ou comprise comme une inopposabilité<sup>581</sup> ou même comme une nullité<sup>582</sup>. Dans un arrêt en date du 28 novembre 1972, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a jugé qu'une dation en paiement portant sur une créance irrécouvrable, créance admise au passif d'un règlement judiciaire converti en faillite sans que les créanciers chirographaires puissent toucher des dividendes, ne pouvait décharger la caution<sup>583</sup>.

**340.** Le droit uniforme semble être dans ce sens. Ainsi, la sanction que constitue l'inopposabilité des actes de la période suspecte est indifférente au cautionnement d'une obligation principale déclarée inopposable à la masse des créanciers.

---

<sup>578</sup> F. ANOUKAHA et autres, *OHADA. Les sûretés, op. cit.*, n° 93 ; M. FALAISE, « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité », *Petites affiches*, 27 août 1997, n° 103, p. 5 et s. ; D. BASTIAN, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Sirey, 1929.

<sup>579</sup> Articles 68-4° et 69-1-4° et 69-2 AUPC.

<sup>580</sup> Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 657.

<sup>581</sup> Douai, 7 juill. 1875, *DP* 1876, 2, 30 ; dans le sens contraire, Orléans, 30 août 1850, *S.* 1851, 2, 44 ; *DP* 1851, 2, 29 ; Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 92.

<sup>582</sup> Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 108, dans un sens contraire, Paris, 15° ch., 15 déc. 1976, cité par Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 657 et la note 59.

<sup>583</sup> Cass. com., 28 nov. 1972, *Bull. civ. IV*, n° 309.

## 2 - Le cautionnement consenti pendant la période suspecte

**341. Cautionnement : acte à titre gratuit soumis à l'inopposabilité de droit.** S'il est évident que les inopposabilités de droit ou les inopposabilités facultatives n'emportent pas de réelles incidences sur l'obligation de caution engagée antérieurement à la période suspecte, il en va autrement pour un cautionnement consenti pendant cette période. L'engagement de la caution non intéressée à la dette correspondrait aux inopposabilités de droit. En réalité, l'article 68, 1<sup>o</sup> AUPC vise « *tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière* ». Il s'ensuit que le tribunal saisi n'a aucun pouvoir d'appréciation, mais il doit s'agir des actes d'appauvrissement sans contrepartie<sup>584</sup>. Le cautionnement est-il réellement concerné par cette interdiction ? M. Sawadogo précise que « *les remises de dettes et les cautionnements fournis sans contrepartie tombent sous le coup de l'inopposabilité* » de droit<sup>585</sup>. Cette solution est applicable à la sous caution constituée au profit de la caution principale par le débiteur en période suspecte. Cependant, si le caractère gratuit du cautionnement ne fait aucun doute, le caractère translatif de propriété peut être discuté, même si le terme de propriété doit être entendu dans son sens le plus large et inclure les cessions de valeurs mobilières, les cessions de créances et les cessions de droits réels autres que le droit de propriété. Mais le contrat de cautionnement peut s'apparenter à un contrat commutatif déséquilibré<sup>586</sup>.

**342. Cautionnement : acte commutatif déséquilibré ?** L'article 68, 2<sup>o</sup>, AUPC vise également « *tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie* ». Le contrat commutatif est défini par l'article 1104 du Code civil comme celui dans lequel « *chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce que l'on fait pour elle* ». A l'opposé, se trouve le contrat aléatoire qui ne peut donc être atteint par le jeu de la sanction de la période suspecte, dès lors que l'aléa existe vraiment. M. Simler voit dans la sanction du cautionnement consenti en période suspecte, plus une interprétation *a fortiori* de la disposition relative aux contrats commutatifs déséquilibrés que l'application de la sanction des actes à titre gratuit. Pour cet auteur, le cautionnement n'est pas, à l'évidence, un contrat translatif de propriété<sup>587</sup>. Le caractère gratuit du cautionnement peut disparaître lorsque le garant est intéressé aux affaires du débiteur défaillant.

<sup>584</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN et M.-H. MONSERIE, « Redressement et liquidation judiciaire-nullité de droit-libéralités-actes à titre gratuit- contrats lésionnaires », *J.-Cl. com. Fasc. 2507*, n° 10.

<sup>585</sup> F. M. SAWADOGO, *OHADA. Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 234.

<sup>586</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, par DELEBECQUE et GERMAIN, *op. cit.*, n° 3116.

<sup>587</sup> Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 57 et la note 175 ; P. BOUTEILLER, thèse préc., p. 204.

**343. Cautionnement onéreux : acte soumis aux inopposabilités facultatives.** Dans le cadre des inopposabilités facultatives, contenues à l'article 69, 3°, AUPC, seul l'engagement de caution n'ayant pas le caractère d'acte gratuit serait frappé d'inopposabilité si en plus le créancier connaît l'état de cessation des paiements du débiteur<sup>588</sup>. Le cautionnement intéressé répondant aisément à la notion d'acte à titre onéreux prévu par l'article 69, 3°, AUPC, cette solution vaut également lorsque le débiteur s'engage en qualité de sous caution ; le cocontractant initié étant alors la caution de premier rang. Il en sera ainsi pour le dirigeant caution ayant transformé, pour la bonne marche de l'entreprise, l'engagement en acte onéreux et à l'encontre de qui la procédure collective a été étendue<sup>589</sup>. Cette solution vaut également pour les fonds de garantie. Seulement, si les engagements de caution intéressée correspondent à la notion d'acte à titre onéreux, encore faut-il que les conditions nécessaires au prononcé de la sanction soient remplies. Evidemment, la finalité essentielle des inopposabilités de la période suspecte est de faire régner l'égalité entre les créanciers antérieurs, de sanctionner les fraudes commises pour reconstituer le patrimoine du débiteur en difficulté<sup>590</sup>. En principe, l'acte onéreux susceptible d'entraîner l'inopposabilité doit être conclu par fraude ou avoir rompu l'égalité ou, encore, appauvri le patrimoine du débiteur sans pour autant que le débiteur ou les créanciers aient subi un préjudice<sup>591</sup>.

**344. La fraude paulienne : une condition de l'inopposabilité de l'engagement de cautionnement souscrit.** En définissant la fraude comme dénominateur commun à l'ensemble des actions en inopposabilité, on définit également le domaine de l'inopposabilité. Mais il semble que cette définition soit largement conditionnée, en la matière, par celle de l'action paulienne. La fraude, au sens de l'article 1167 du Code civil, « *résulte de la seule connaissance qu'a le débiteur du préjudice qu'il cause au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité* »<sup>592</sup>. Seulement, en retenant une définition extensive de la fraude paulienne le créancier pourra démontrer uniquement la connaissance qu'avait le débiteur, lors de la conclusion de l'acte, du préjudice qu'il lui causait. Cette définition peut être discutée. En réalité, certains auteurs exigent, pour autoriser l'action paulienne, non pas la simple connaissance qu'avait le débiteur, mais son intention de nuire. L'intention de nuire devrait alors être commune au débiteur et à l'ayant cause à titre onéreux lorsque l'opération réalisée est économiquement

---

<sup>588</sup> M. MONKAM DJADJI, *Les problèmes juridiques et fiscaux soulevés par le cautionnement dans les procédures collectives*, thèse Paris XIII, 1990, p. 196 et s.

<sup>589</sup> Cass. com., 14 fév. 1989, *RD bancaire* 1989, 141, obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ.

<sup>590</sup> Cass. com., 16 fév. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 62 ; *JCP G* 1993, I, 3704, obs. CABRILLAC et PETEL.

<sup>591</sup> Cass. com., 5 avril 1994, *Bull. civ. IV*, n° 143 ; *D.* 1994, IR, 117.

<sup>592</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 janv. 1993, *JCP* 1993, II, 22027, note J. GHESTIN.

équilibrée<sup>593</sup>. En revanche, la qualification de complicité de fraude résultera de la seule preuve que le tiers avait connaissance de la défaillance du débiteur et de l'aggravation de sa situation provoquée par l'acte, lorsque celui-ci constitue une source d'appauvrissement, en raison de la nature désavantageuse de la transaction. La définition de la fraude ne doit cependant pas être appliquée pour toute action paulienne. Quand l'action est exercée dans le cadre d'une procédure collective de redressement, on assiste à un aménagement de cette définition, en tenant compte de la nature des actes. La fraude sera définie par rapport au concept de « *relations normales d'affaires* »<sup>594</sup>.

**345.** En fait, la conclusion d'un contrat de cautionnement par le débiteur n'appauvrit pas, d'emblée, le patrimoine de la caution. Mais elle a vocation à l'appauvrir, de manière éventuelle, si le créancier sollicitait l'exécution de la garantie souscrite. A cet égard, cet appauvrissement, s'il devient effectif, il pouvait être regardé comme temporaire d'autant plus que la caution, qui ne supporte pas la charge définitive de la dette, dispose d'un recours contre le débiteur principal. Or, ce recours ne pourra pas être exercé tout le long de la procédure collective, étant entendu que toutes les actions et voies d'exécution sont interdites. Dans cette hypothèse, la caution qui a payé le créancier sera tenue plus sévèrement que le débiteur principal. Par ailleurs, le paiement effectué par le débiteur pendant la période suspecte est inopposable à la masse<sup>595</sup>, si le créancier ayant obtenu paiement avait eu connaissance de l'état de cessation des paiements du débiteur. Cette inopposabilité devra être soumise à l'appréciation du juge, quelle que soit la date de la formation du cautionnement d'autant plus qu'au cours du traitement des difficultés du débiteur, les droits de la caution contre le débiteur seront suspendus.

**346.** La solution sera, cependant, différente si le cautionnement consenti pendant la période suspecte est un cautionnement réel ou hypothécaire, car ces cautionnements suivent dans le rapport caution-créancier, le régime des sûretés réelles<sup>596</sup>. Or, justement, les sûretés réelles font parties des actes inopposables lorsqu'elles sont consenties après la date de la cessation des paiements alors que le créancier en avait connaissance. En revanche, la constitution d'un

---

<sup>593</sup> Relativement à l'évolution jurisprudentielle ayant abouti à retenir la simple connaissance du préjudice causé au créancier par le débiteur, J. GHESTIN et M. BILIAU, *Les effets du contrat*, LGDJ, 1992, n° 709.

<sup>594</sup> C. PIZZIO-DELAPORTE, « L'action paulienne dans les procédures collectives », *RTD com.*, 1995, 715 ; M. FALAISE, art. préc., n° 13.

<sup>595</sup> L'Acte uniforme vise à son article 68, 3°, « *tout paiement, quel qu'en soit le mode, de dettes non échues, sauf s'il s'agit du paiement d'un effet de commerce* ».

<sup>596</sup> Sur l'ensemble de la question, voir, M. BROU KOUAKOU, « Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire », communication faite lors du séminaire de formation des notaires au 17<sup>e</sup> congrès des notaires d'Afrique à N'Djamena, au Tchad, du 22 au 24 nov. 2005, *Penant*, juill.-sept. 2006, n° 856, p. 273-284, du même auteur, « Le droit OHADA des sûretés. Innovations et limites », in *Les débats du CAFIDA*, éd. MK Conseil et formation, mars 2003, p. 55 ; CCJA, 6 nov. 2003, arrêt n° 21, *Juris OHADA*, n° 4/2003, p. 26.

cautionnement réel ne semble pas passible de l'inopposabilité, car non constituée pour une des dettes antérieurement contractées mais pour la dette d'autrui<sup>597</sup>.

**347. Conclusion de la section 1 :** Les mesures de sauvegarde du patrimoine du débiteur en redressement judiciaire par le truchement de l'arrêt du cours des intérêts ou par l'interdiction des actes d'appauvrissement du patrimoine sont exorbitantes de droit commun. Elles affectent par ricochet l'engagement de caution. Celle-ci ne peut pas se prévaloir du bénéfice des mesures de préservation et de reconstitution du patrimoine ainsi que celles relatives au sauvetage de l'activité accordées par la loi au débiteur cautionné. Cette solution renforce certes la protection des créanciers mais elle rend le dénouement de la procédure de sauvetage moins évident.

## **Section 2 - L'incidence du sauvetage de l'activité du débiteur principal sur le régime du cautionnement**

**348. La continuation des contrats : contrats en cours cautionnés ou cautionnement en cours.** Le traitement des difficultés du débiteur principal a pour but le sauvetage de l'activité exploitée. Par conséquent, le redressement se traduira, suivant l'appréciation de la viabilité qu'en aura faite le juge de la procédure, par la continuation de l'activité du débiteur ou par la cession partielle de l'entité économique qu'est l'entreprise<sup>598</sup>. Pour atteindre l'une ou l'autre de ces alternatives, le débiteur sous traitement judiciaire ne doit cesser à aucun moment son activité. Il est donc indispensable que les contrats en cours soient continués ou cédés si le tribunal compétent opte pour la cession. La situation de la caution engagée initialement pour garantir les contrats continués et ou cédés n'est pas indifférente à ces événements envisagés comme des mesures exorbitantes de droit commun. Ces mesures aboutissent à forcer l'exécution de certains contrats ou à substituer de nouveaux cocontractants envers le créancier initial et s'imposent à la caution. L'altération du droit du cautionnement s'observe aussi bien dans le cadre de la continuation des contrats en cours (Paragraphe 1) que dans le cadre de la cession des contrats (Paragraphe 2).

---

<sup>597</sup> E. BROCARD, thèse préc., n° 626, p. 346.

<sup>598</sup> Sur la notion et le régime des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture, D. BOCCARA, « Procédures collectives et contrats en cours », *JCP E* 1994, I, 335 ; C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 783 et s. ; M.-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse préc. ; du même auteur, « Aperçu sur les rapports récents de la confrontation des procédures collectives et du droit des obligations », in *Prospectives du droit économique*, Dialogues avec M. JEANTIN, art. préc., p. 429 et s. ; Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », art. préc., p. 405 et s. ; F.-X. LUCAS, « Du plan de continuation au plan de sauvegarde : la restructuration de l'entreprise », *Lamy droit des affaires*, mars 2005, suppl. 383 et s.

## **Paragraphe 1 - L'incidence de la continuation des contrats en cours sur l'engagement de la caution**

**349. Le régime du cautionnement dans la poursuite forcée des contrats.** Les potentialités de l'entreprise visant les contrats en tant que source de richesses de l'entreprise, il se pose la question de la préservation du tissu contractuel<sup>599</sup>. Les sacrifices nécessités pour le redressement du débiteur aboutissent parfois à la continuation des contrats en cours<sup>600</sup>. Dans la perspective du sauvetage du débiteur cautionné, la poursuite de l'activité est essentielle et les créanciers ne pourront se prévaloir de l'inexécution des engagements financiers antérieurs au jugement d'ouverture pour cesser la relation contractuelle après l'ouverture de la procédure collective du débiteur<sup>601</sup>. En réalité, la seule ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur ne peut entraîner la décharge de la caution. Mais la question consiste à savoir quelle peut être l'incidence de la possibilité de forcer la continuation des contrats en cours sur le sort du cautionnement. La garantie doit-elle se poursuivre obligatoirement et parallèlement au contrat cautionné ? La réponse à cette interrogation de l'incidence de la continuation des contrats sur l'engagement de la caution varie en fonction du cautionnement d'une dette déterminée ou du cautionnement de tous engagements du débiteur (A). Néanmoins, le sort du cautionnement du compte courant du débiteur, engagement *intuitu personae*, peut connaître un régime discutable (B).

### **A - L'influence des contrats en cours sur l'engagement de la caution**

**350. Rappel du principe.** En cas de redressement judiciaire, l'activité est continuée avec l'assistance du syndic pour une durée indéterminée. De même, conformément aux dispositions de l'article 107 AUPC, la cessation des paiements déclarée par une décision de justice n'est pas une cause de résolution des contrats. Il en résulte que les contrats doivent être continués. Ainsi, un contrat est dit « en cours », lorsque celui-ci est en cours d'exécution au jour du jugement d'ouverture. Cette définition inclut, sans conteste, les contrats à exécution successive, tel qu'un contrat de bail, de concession, de franchise ou de crédit-bail. En fait, il peut arriver que la caution ait garanti une ou plusieurs dettes déterminées en cours avant l'ouverture de la procédure collective. Elle peut donc ne garantir qu'une fraction de la dette ou s'engager pour une durée

---

<sup>599</sup> P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLLY, *op. cit.*, n° 159.

<sup>600</sup> Articles 107 et s. AUPC.

<sup>601</sup> Cass. com., 11 oct. 1994, *RJDA*, 1995/2, n° 202, p. 165; Cass. com., 28 mai 1996, *JCP E* 1996, I, 584, obs. Ph. PETEL.

déterminée ou, encore, fixer un montant plafond<sup>602</sup>. De même, l'article 9 AUS dispose que le cautionnement général des dettes du débiteur principal, sous quelque forme que ce soit, est possible. Dès lors, lorsque les contrats cautionnés sont continués, l'engagement de la caution peut être affecté.

**351. Le respect des prévisions contractuelles initiales dans le cautionnement à durée déterminée.** Le sort du cautionnement à durée déterminée ne pose pas de problème énorme d'autant plus que, dans ce cas de figure, le régime du cautionnement suit le droit commun. Dès lors que le contrat principal continue à produire ses effets sur le patrimoine du débiteur, l'engagement de la caution sera maintenu, respectant ainsi les termes prévus au moment de la conclusion du contrat. Le contrat en cours est souvent assimilé au contrat à exécution successive. Or, un contrat à exécution successive peut avoir fini de produire ses effets avant l'ouverture de la procédure tandis qu'un contrat à exécution instantané cautionné peut n'avoir pas encore produit ses effets<sup>603</sup>. Il s'ensuit que le contrat en cours est celui qui n'a pas « *épuisés ses effets fondamentaux au jour du jugement d'ouverture* »<sup>604</sup>. Le cautionnement à durée déterminé, initialement engagé auprès du contrat continué doit être maintenu suivant les prévisions contractuelles, *ab initio*, et conformément aux règles classiques du cautionnement. L'obligation de couverture de la caution se poursuit après le jugement d'ouverture et jusqu'au terme prévu lors de la conclusion de son contrat, en vertu de l'étendue de l'obligation pour laquelle la caution a exprimé son consentement et explicité par la mention manuscrite. Seulement, l'article 107 exclut formellement les contrats conclus en considération de la personne du débiteur du champ d'application des contrats continués. On peut légitimement s'interroger sur le caractère *intuitu personae* du cautionnement et son éventuelle incidence sur sa poursuite.

**352. Le cautionnement de « tous engagements du débiteur » transformé en un engagement à durée indéterminé.** L'influence de la faculté de continuer les contrats en cours sur le cautionnement général est d'une approche délicate. En réalité, son régime juridique s'assimile au

<sup>602</sup> F. ANOUKAHA et autres, *OHADA. Sûretés, op. préc.*, p. 26, n° 58.

<sup>603</sup> C. BRUNETTI-PONS (« La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 783 et s.) fait observer que « *la question de l'exécution des contrats en cours dans le cadre d'une procédure collective présente l'originalité d'associer le droit des entreprises en difficulté au droit des obligations dans le but d'assurer le sauvetage des entreprises économiquement viables. Il en est résulté la consécration d'un régime spécifique, combinant des règles spéciales-continuation du contrat imposé au contractant du débiteur en difficulté (...)- à des dispositions organisant la résurgence du droit commun: le législateur rappelle aux contractants qu'ils doivent respecter le contrat et prend les dispositions de nature à faciliter son exécution* ». Voir également, Ph. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, thèse Dijon, 1997, p. 12 ; J.-L. HENAFF, *La continuation des contrats dans la faillite*, thèse Metz, 1983, n° 4 ; E. BONNICHON, *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, éd. Rousseau, 1900, n° 61.

<sup>604</sup> F. M. SAWADOGO, *OHADA. Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 189.

cautionnement omnibus, alors même que le législateur semble ne pas admettre le cautionnement à durée indéterminée. Dans cette hypothèse, l'ouverture d'une procédure collective de redressement à l'encontre du débiteur cautionné n'emporte pas extinction de l'obligation de couverture de la caution. En réalité, le cautionnement de « tous engagements du débiteur » donne naissance à deux obligations : l'obligation de couverture et l'obligation de règlement. L'obligation de couverture a un caractère successif et détermine les dettes qui sont garanties par la caution lorsqu'elle s'engage tandis que l'obligation de règlement, ayant un caractère instantané, consiste en l'obligation du débiteur logée dans le cadre du cautionnement souscrit. Lorsque le cautionnement a pour objet des dettes présentes, les obligations de couverture et de règlement s'éteignent en même temps que le cautionnement.

**353.** Mais certaines causes spécifiques du cautionnement ayant pour objet des dettes futures ne peuvent mettre fin qu'à l'obligation de couverture, laissant subsister l'obligation de règlement. L'Acte uniforme, en faisant application de cette distinction admise en droit français<sup>605</sup>, autorise la révocation du cautionnement général de tous engagements, à tout moment avant que la somme maximale ait été atteinte, du reste, tous les engagements du débiteur nés avant la révocation restent garantis par la caution<sup>606</sup>. Seulement, article 107 AUPC, en précisant que « *la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite* », semble rendre implicitement le cautionnement de tous engagements en un engagement à durée indéterminée, voire perpétuel sans possibilité de révocation nonobstant une clause contractuelle mutuelle de révocation.

**354. L'éviction du principe de l'interdiction des engagements perpétuels.** Par principe, lorsqu'un cocontractant s'engage sans limitation de durée envers son créancier, il lui est possible de résilier cet engagement à tout moment. Cette possibilité n'est pas propre au cautionnement et s'explique chaque fois que l'exécution d'une obligation contractuelle ne comporte pas de terme. Le fondement de cette résiliation repose sur le principe d'interdiction des engagements perpétuels<sup>607</sup>. Le domaine du cautionnement général de dettes indéterminées est particulièrement sensible à cette règle d'interdiction et à la faculté de résiliation qui en résulte<sup>608</sup>. L'évènement qui frappe le débiteur et qui modifie sa situation peut inciter la caution à vouloir résilier son engagement. Mais il existe des causes d'extinction qui ne libèrent pas la caution, notamment, l'obligation faite par le législateur de continuer les contrats en cours.

<sup>605</sup> Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc., n° 255.

<sup>606</sup> Article 9, alinéa 3, de l'AUS ; F. ANOUKAHA et autres, *op. cit.*, n° 101, p. 42.

<sup>607</sup> Sur l'interdiction des contrats perpétuels et la faculté de résiliation unilatérale, J. GHESTIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 117 et s. et n° 236.

<sup>608</sup> E. BROCARD, thèse préc., n° 635, p. 350.

**355. L'indifférence du motif déterminant et du terme implicite de l'engagement de la caution.** Le constat judiciaire des difficultés du débiteur et l'ouverture de la procédure qui en découle, ainsi que la continuation forcée des contrats modifient pour l'avenir la raison d'être de l'engagement de la caution. Or, la solvabilité du débiteur ainsi que son évolution peuvent être des éléments déterminants de l'engagement de la caution. De plus, le traitement de la défaillance du débiteur, à travers les diverses mesures de faveur, modifierait cette conscience et constituerait le terme implicite du cautionnement de tous engagements du débiteur. De même, la caution profane engagée pour garantir le financement d'un professionnel, pouvait légitimement invoquer le terme implicite de son engagement dans la mesure où elle n'a aucun intérêt à maintenir sa garantie, sauf à vouloir s'engager dans un mécanisme à la nature gratifiante. En droit français, cependant, la notion de terme implicite, créée par la doctrine souvent reprise par les justiciables<sup>609</sup>, a rencontré l'hostilité de la Cour de cassation à l'admettre<sup>610</sup>. L'admission du terme tacite de l'obligation de couverture à la survenance d'un événement comme la cessation des fonctions de dirigeant social ou le divorce du conjoint caution ne peut l'être que si la caution en a fait une condition de son engagement.

**356.** Cependant l'ouverture de la procédure collective ne peut être admise en raison de l'interdiction formelle faite par l'article 107 AUPC de résilier les contrats pour cause de cessation des paiements du débiteur. Le dirigeant caution, par exemple, ne peut invoquer l'ouverture de la procédure collective comme élément faisant disparaître son engagement. Dans ce sens, en droit français, un arrêt du 23 juillet 1992 a jugé que la situation désespérée du débiteur ne prive pas de cause l'engagement de caution de son dirigeant dès lors que la cause de l'engagement de la caution réside dans l'existence de la dette garantie<sup>611</sup>. Il résulte de tout ce qui précède que le cautionnement de tous engagements du débiteur continué s'apparente à un engagement perpétuel. L'engagement de la caution sera également affecté par le solde débiteur d'un compte courant cautionné et résilié du fait de l'ouverture de la procédure de redressement.

## **B - L'influence du maintien forcé du compte courant sur le sort de la caution**

**357. Rappel des solutions antérieures : exigibilité immédiate de la dette au jour du solde.** Il a été admis que les contrats conclus en considération de la personne prenaient fin par la survenance du jugement d'ouverture. Cette solution traditionnelle, fondée sur une application

<sup>609</sup> Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 251 et s.

<sup>610</sup> Cass. civ., 24 oct. 1979, *Bull. civ.* I, n° 257; Com., 3 nov. 1988, *D.* 1989, 185, note L. AYNES; *Rev. Soc.* 1989, note Ph. DELEBECQUE; *RTD civ.* 1989, 360, obs. BANDRAC.

<sup>611</sup> Cass. com., 23 juill. 1992, *RJ com.* 1993, n° 1374, note MONSERIE.

quelque peu extensive de l'article 2003 du Code civil, avait été contestée sous l'empire de la loi française du 13 juillet 1967. De ce fait, si la rupture du contrat conclu *intuitu personae* du débiteur pouvait se justifier dans le cas de la liquidation des biens, la solution était beaucoup plus contestable lorsque le débiteur faisait l'objet d'un règlement judiciaire, qui postulait la continuation de l'exploitation.

**358.** La question avait fait l'objet d'une vive discussion dans les premiers temps de l'application de la loi française du 25 janvier 1985<sup>612</sup>. Certains auteurs, pour exclure l'ouverture de crédit de l'application de la règle de l'article 37 de la loi précitée, invoquaient son caractère unilatéral alors même que le texte applicable ne distinguait pas entre les différents types de contrats<sup>613</sup>. Les décisions des juridictions du fond<sup>614</sup>, suivies par la Cour de cassation française<sup>615</sup>, étaient favorables au maintien des ouvertures de crédit<sup>616</sup>.

**359.** La continuation du compte courant a également suscitée les mêmes controverses que celle des conventions d'ouverture de crédit même s'il existe de distinction entre ces deux mécanismes. En effet, une partie de la doctrine estimait que le compte courant ne pouvait être continué « de force », car contraire, à la fois, au mécanisme de règlement, au mécanisme de garantie et à l'intention des parties<sup>617</sup>. Par contre, d'autres auteurs ont soutenu que le compte courant devait être soumis au même régime que la convention d'ouverture de crédit<sup>618</sup>. Or, le compte courant est un instrument essentiel pour le débiteur en difficulté.

---

<sup>612</sup> Dans ce sens, M. CABRILLAC, « Le banquier peut-il être contraint de réaliser au profit d'une entreprise en règlement judiciaire la totalité d'une ouverture de crédit en compte courant ? », *JCP E* 1986, 15579 ; J.-M. CALENDINI, « Le redressement judiciaire et la continuation d'une ouverture de crédit », *Petites affiches*, 1987, n° 33, p. 4 ; du même auteur, « Les crédits accordés par les établissements de crédit après l'ouverture de redressement judiciaire », *Banque et droit*, 1990, p. 135 et s. ; M. VASSEUR, « Maintien des ouvertures de crédit bancaire en dépit du jugement de redressement judiciaire ? », *Banque*, 1986, 630.

<sup>613</sup> F.-J. CREDOT et Y. GERARD, « L'ouverture de crédit, le compte courant et l'art. 37 de la loi du 25 janvier 1985 », *RD banc.* 1985, 1, p. 14 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ, obs. *RD banc.* 1987, 62.

<sup>614</sup> Avignon, 12 mars 1986, *D.* 1986, 239, note A. HONORAT, *Banque* 1986, 713, obs. J.-L. RIVES-LANGE, confirmé par Nîmes, 6 nov. 1986, *Banque* 1987, 92, obs. RIVES-LANGE ; Limoges, 17 avr. 1986, *Banque* 1987, 92 ; Lyon, 30 avr. 1986, *Banque* 1987, 92, obs. RIVES-LANGE ; Soissons, 16 sept. 1986, *Banque* 1986, 1135, obs. RIVES-LANGE.

<sup>615</sup> Cass. com., 8 déc. 1987, *D.* 1988, 52, note DERRIDA.

<sup>616</sup> La loi française du 26 juillet 2005 n'a pas remis en cause cette solution.

<sup>617</sup> En ce sens, voir la démonstration très rigoureuse de M.-J. CAMPANA, « De la continuation du compte courant en cas de redressement judiciaire du remettant », *Banque* 1986, 952 ; mais aussi B. SOINNE, « La continuation du compte courant après jugement d'ouverture », *Gaz. Pal.* 4-5 mai 1988, 2 et s. M. CABRILLAC, art. préc., n° 13 et s. ; RIVES-LANGE, obs. préc., *Banque* 1986, p. 713 et 1135 ; D. MARTIN, « Le redressement judiciaire et la relation de compte-courant », *RJ com.* 1985, 281.

<sup>618</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, par GERMAIN et DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 3049 ; F. DERRIDA, GODE et J. P. SORTAIS, *op. cit.*, n° 399, p. 270. C'est la même solution retenue par la chambre commerciale le 8 déc. 1987, préc. ; L. BOY, « L'hommage de la cour de cassation à la fonction bancaire », *Petites affiches* 1989, n° 32, p. 10.

**360. Le compte courant : un instrument vital pour le débiteur défaillant.** Le compte courant est un mécanisme de règlement. Cependant, il repose fondamentalement sur une convention par laquelle deux personnes, le banquier et son client, décident de porter réciproquement en compte toutes les opérations juridiques qu'elles feront entre elles, de façon à ce qu'il y ait compensations successives, et de ne procéder en principe au règlement qu'à la clôture du compte par le paiement du solde. La convention de compte courant est un instrument vital et essentiel des rapports de crédit.

**361.** En période normale ce contrat est, d'abord, un mécanisme spécifique de règlement des créances réciproques dont les modalités de fonctionnement sont très discutées. Il est également un instrument de crédit qui domine les rapports du débiteur cautionné et le banquier créancier dans la mesure où, grâce à cette convention, les parties centralisent leurs rapports de crédit. A ce titre, le débiteur a besoin de voir maintenir cette relation en cas de procédure de redressement<sup>619</sup>.

**362.** Si l'on peut admettre la continuation du compte courant, la solution de principe doit être aménagée de manière à faire la distinction entre les opérations antérieures à l'ouverture et celles qui lui sont postérieures<sup>620</sup>. Ainsi, pour éviter de violer la prohibition de paiements des dettes antérieures, un solde provisoire devra être dégagé pour isoler les opérations antérieurement conclues. Ce solde provisoire<sup>621</sup>, au cas où il est créateur, devra être versé au syndic. En droit français, il a été jugé que le banquier ne peut retenir ce solde au prétexte de contre-passations éventuelles pour des opérations d'escompte non dénouées lors du jugement d'ouverture<sup>622</sup>. En revanche, le montant du solde débiteur garanti par la caution au jour d'ouverture doit être diminué du fait des remises antérieures à ce jugement, mais passées en compte postérieurement<sup>623</sup>.

**363. Le régime du solde provisoire du compte courant cautionné.** Seulement, quel serait le statut de ce solde provisoire ? Il est admis que le statut de ce solde provisoire et la situation qui en découle pour la caution et le débiteur ne sont pas très différents de ce qui serait si l'on

---

<sup>619</sup> B. LE BARS, « La continuation du compte courant bancaire en période de redressement judiciaire », *Petites affiches*, 23 fév. 1996, n° 24, p. 7.

<sup>620</sup> M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, 7<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 2007, p. 486, n° 699.

<sup>621</sup> Relativement à la critique de cette thèse défendue par ROBLOT, *op. cit.*, n° 3049, voir CAMPANA, art. préc., p. 953-954 et DEKEUWER-DEFOSSEZ, obs. sous *RD bancaire*, 1987, 62 ; D. MARTIN, note sous Versailles, 29 sept. 1988, *D.* 1989, 132.

<sup>622</sup> Cass. com., 7 avr. 1998, *JCP E* 1998, 1143, note STOUFFLET ; *RD bancaire* 1999, 190, obs. STOUFFLET.

<sup>623</sup> Cass. com., 2 mars 1999, *Act. proc. coll.* 1999, n° 103, obs. REGNAUT-MOUTIER.

clôturait le compte courant et si l'on en ouvrait un nouveau<sup>624</sup>. Pour mieux comprendre cette situation, le droit français serait d'une grande utilité. En réalité, la jurisprudence française récente semble ouverte à une évolution. Un arrêt rendu du 1<sup>er</sup> mars 2005 a admis, de manière très large, la compensation des créances connexes lorsque la créance de l'une des parties « *était entrée dans le compte courant dont les parties avaient fait le cadre de règlement de leurs créances réciproques* »<sup>625</sup>. MM. Jeantin et Le Cannu soutiennent que les intérêts de la continuation apparaissent surtout au regard de la caution<sup>626</sup>. Il avait été jugé que le banquier pouvait se retourner, pour obtenir le règlement du solde provisoire ainsi dégagé contre la caution qui garantit le solde débiteur de ce compte<sup>627</sup>. Dans ces conditions, le caractère accessoire du cautionnement n'était pas respecté, puisque la caution règle une créance antérieure qu'il est interdit au débiteur de payer. La continuation du compte courant a pour effet que la créance de la banque, même si elle est déclarée et admise, ne vaut pas clôture du compte ; faute d'une telle clôture, la créance de la banque n'est pas établie définitivement à l'égard d'une telle caution<sup>628</sup>.

**364. Le choix du législateur OHADA.** L'Acte uniforme dispose en son article 107 AUPC, que la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution des contrats et toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite, sous réserve cependant des « *contrats conclus en considération de la personne du débiteur et ceux prévus expressément par la loi de chaque Etat partie* ». Sous la loi française du 13 juillet 1667, les contrats conclus *intuitu personae* ne pouvaient être continués<sup>629</sup>. Mais la jurisprudence avait considéré qu'une convention de compte courant, contrat incontestablement conclu *intuitu personae*, n'était pas résilié par l'ouverture d'une procédure de suspension provisoire des

<sup>624</sup> Pour une comparaison, O. ANSELME-MARTIN, « Pour un retour à la clôture du compte courant bancaire en cas de redressement du client », *RD bancaire* 1997, 55.

<sup>625</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2005, *JCP E* 2005, p. 952, note SCHOLASTIQUE.

<sup>626</sup> M. JEANTIN et P. LE CANNU, *op. cit.*, n° 699, p. 487.

<sup>627</sup> Cass. com., 3 janv. 1995, *D.* 1995, IR 51 ; *JCP E* 1995, I, 405, n° 16, obs. M. CABRILLAC ; *RD bancaire*, 1995, 115, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD, rapp. com., 2 mars 1999, préc.

<sup>628</sup> Cass. com., 28 sept. 2004, pourvoi, n° 02-17088, qui statue sur une demande présentée par le créancier contre la caution après l'arrêté d'un plan de continuation, cité par JEANTIN et LE CANNU, *op. cit.*, note 7, p. 487.

<sup>629</sup> G. BORD, « Faillite, Effets : actes et procédure préparatoires », *Rép. com. Dalloz*, n° 278 et s. Cependant sous la loi française de 1985, les contrats où domine l'*intuitu personae* entrent dans le champ d'application des dispositions relatives à la continuation des contrats, en raison de la disparition de la masse. A propos de concours bancaires, Cass. com., 8 déc. 1987, *D.* 1988, 52, note F. DERRIDA ; *Banque* 1988, 96, obs. RIVES-LANGE ; *JCP* 1988, II, 20297, obs. M. JEANTIN ; *JCP E* 1988, II, 15163 ; *RTD civ.* 1988, 347, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1989, 307 et 308, obs. Y. CHAPUT ; *RJ com.* 1989, 394, n° 1264, obs. CALENDINI ; *Gaz. Pal.* 1988, 1, pan. 58 ; *Rev. proc. coll.* 1988-1, 61, obs. J. MESTRE et Ph. DELEBECQUE ; *Rev. proc. coll.* 1989-2, 158, obs. HOUIN ; *Rev. proc. coll.* 1991-3, 365, obs. B. SOINNE ; *Rev. proc. coll.* 1991-4, 414, obs. DUREUIL ; M.-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse préc., n° 177 et s. p. 168 et s. Ph. ROUSSEL GALLE, thèse préc., p. 12, où l'auteur souligne l'impossibilité de continuation des contrats conclus *intuitu personae*.

poursuites<sup>630</sup>. Le droit uniforme africain, en optant pour la résiliation des contrats conclus en considération de la personne du débiteur, peut être critiquée en ce qu'elle compromet l'objectif de redressement. Cette solution peut priver l'entreprise de son environnement et de tout soutien financier dans la mesure où cette exclusion concerne, entre autres contrats, le mandat proprement dit, le mandat de se porter caution, les conventions de compte courant ou d'ouverture de crédit et le cautionnement<sup>631</sup>, sauf accord des parties, obtenu dans le cadre du concordat de redressement.

**365.** La question est de savoir si le banquier a un intérêt à la poursuite du compte courant malgré la résolution légalement autorisée. La convention de compte courant conclue *intuitu personae* peut, de ce fait, être résolue de plein droit en raison de l'ouverture de la procédure collective, solution comparable à la déchéance du terme à l'égard du débiteur principal. Dans cette hypothèse, la caution sera tenue du solde débiteur au moment de la résolution pour cessation des paiements. Lorsque le solde du compte courant est exigible, la caution pourra être actionnée immédiatement pour une dette que le débiteur principal lui-même n'est pas autorisé à payer en raison de l'interdiction des paiements des créances nées antérieurement à la décision d'ouverture de la procédure. Cette solution traduit, encore une fois, l'effectivité de l'altération du droit du cautionnement par les procédures collectives de sauvetage du débiteur principal. Cette situation s'observera également en matière de cession des contrats.

## **Paragraphe 2 - L'incidence de la cession des contrats sur l'engagement de la caution**

**366. De la notion de cession de biens à la cession de contrats.** Comme a pu le souligné M. Soinne, dans le droit de la faillite, on a toujours connu la cession d'un ensemble de biens ou de contrats<sup>632</sup>. La cession de biens est caractérisée, jadis, par l'abandon consenti par le débiteur au profit de ses créanciers de la totalité de son actif. Elle s'accompagnait de la libération du débiteur, signe d'une guérison par amputation. A l'époque, la doctrine s'était efforcée de dissocier les débiteurs malheureux qui pouvaient en bénéficier de ceux malhonnêtes pour lesquels cet avantage était exclu. Dans un traité du XVII<sup>e</sup> siècle, on lit que la cession de biens met le débiteur à couvert de toute exécution sur la personne. Si cette cession était sans « ignominie », elle déchargeait le débiteur de la dette quel que puisse être ultérieurement son

---

<sup>630</sup> Colmar, 28 nov. 1972, *RTD com.* 1973, 875, obs. HOUIN; Paris, 22 janv. 1979, *Banque*, 1979, 537; *D.* 1979, IR, 354, obs. VASSEUR; *RTD com.* 1979, 790, obs. CABRILLAC et RIVES-LANGE.

<sup>631</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 191, p. 182.

<sup>632</sup> Sur la question, B. SOINNE, « La problématique de la nouvelle cession d'entreprise », *Rev. proc. coll.* 2006, p. 313.

devenir. La cession de biens était donc une « grâce du droit » et il ne pouvait en conséquence y renoncer<sup>633</sup>. Sous le code de commerce, on a connu le concordat par abandon d'actif, solution assez fréquente qui libérait totalement le débiteur. La loi du 13 juillet 1967 a tenté de dissocier l'entreprise, entité économique, du patrimoine, entité juridique, orientation accentuée par la loi du 25 janvier 1985. Le redressement s'opérait par un plan de redressement<sup>634</sup>, remplacé par le concordat de redressement dans le droit uniforme. L'article 2-1 AUPC énonce que la procédure de redressement vise à permettre la sauvegarde de l'entreprise, donc au maintien de l'activité au moyen d'un concordat de redressement.

**367.** La mise en place des mesures concordataires peut entraîner la cession des ensembles contractuels nécessaires à la poursuite de l'activité. Le repreneur cessionnaire est, à ce titre, substitué en tant que nouveau débiteur envers le créancier cédé, alors cocontractant initial du débiteur cédant. La caution, débiteur à la fois subsidiaire et accessoire du cédant, pourra-t-elle se prévaloir de cette mesure pour se décharger ou, au contraire, son engagement sera-t-il maintenu envers le créancier pour garantir l'engagement du cessionnaire ? Pour appréhender cette question, l'appréciation du caractère de la cession s'impose d'autant plus que la cession de contrats n'emporte pas novation de l'obligation cautionnée (A). Aussi, l'engagement de la caution se révèle-t-il personnel et distinct envers le créancier (B).

### **A - L'absence d'effet novatoire à la cession des contrats du fait du redressement du débiteur**

**368. La cession de contrat : une modification des modalités d'exécution de l'obligation principale.** A l'imitation de la conception développée par le droit fiscal en matière d'apport partiel d'actif<sup>635</sup>, le droit uniforme, sans être explicite sur la notion de cession de contrats, a retenu la conception évolutive de l'entreprise. Dans cette perspective, la cession peut porter sur l'ensemble que constitue l'entreprise, mais aussi, sur des sous-ensembles ou sur des activités

---

<sup>633</sup> C. SERRES, *Les institutions du droit français suivant l'ordre de celles de justiniens*, 2<sup>e</sup> éd., éd. Vve Cavelier et fils, 1760, dit pape décision de justice, Saillant et Nyon, p. 342 et s., cité par B. SOINNE, art. préc., p. 313.

<sup>634</sup> J. DEHARVENG, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives, un événement et non plus une issue du cours de la procédure », *D.* 2006, n° 15, chron. 148 ; F. VAUVILLE, « La cession d'actif après la réforme du 26 juillet 2005 », *Droit et patrimoine*, mars 2006, p. 80 et s.

<sup>635</sup> Si la cession porte sur un fonds de commerce, le bail est cédé de plein droit, Cass. com., 13 mai 1980, *Bull. civ.* IV, n° 200 ; Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 6 juin 1991, *RJDA* 1991, 656 ; *Petites affiches*, 11 déc. 1991, n° 15, obs. F. DERRIDA. Au regard de la distinction entre la notion de fonds commercial et celle de fonds de commerce découlant de l'article 104 et s. de l'AUDCG, cette solution peut être nuancée ; cependant, en tout état de cause, la cession d'un élément du fonds n'équivaut pas à la cession de fonds de commerce.

susceptibles d'exploitation autonome<sup>636</sup>. En effet, l'article 27 AUPC énumère les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment, la cession partielle d'actif avec indication précise des biens à céder, la cession ou la location-gérance d'une branche d'activité formant un fonds de commerce, la cession ou la location-gérance de la totalité de l'entreprise, sans que ces modalités soient limitatives et exclusives les unes des autres. De plus, l'article 131, aliéna 2, de l'AUPC régit d'une façon large, le domaine du concordat comportant une cession partielle d'actif en englobant « *un certain nombre de biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles* ». Au-delà des biens qui la composent, l'entreprise suppose un réseau de relations contractuelles que la loi cherche à protéger et à transmettre, au prix de dérogations au droit commun des contrats. Les finalités attachées au redressement du débiteur sont inhérentes au but poursuivi par la cession de contrat, traduisant, encore une fois, son influence sur le cautionnement.

**369. La cession emporte-t-elle novation ?** La cession des contrats envisagée ne peut être assimilée à l'option du syndic de continuer les contrats. En réalité, le législateur autorise la possibilité de substituer, impérativement, un nouveau cocontractant au créancier originaire de l'entreprise redressée lorsque le débiteur, lui-même, ne peut pas y procéder afin de sauver l'activité. Il ne fait aucun doute que la considération de la personne du débiteur jouera un rôle beaucoup plus accentué ; mais, seuls les contrats nécessaires à la poursuite de l'activité seront cédés par le juge<sup>637</sup> sur proposition d'un concordat sérieux. Dans ce cas de figure, il y a substitution d'un nouveau débiteur au débiteur initial cautionné. La question est de savoir si l'effet novatoire réalisé par changement dans la personne du débiteur peut être assimilé à la novation, au sens des articles 1271 et 1281 du Code civil, pouvant libérer la caution.

**370. Les éléments constitutifs de la novation.** La novation suppose un élément objectif qui se traduit par le changement d'objet ou de partie ou, encore, de cause. Or, en droit uniforme, selon l'article 186, alinéa 2, de l'AUSCGIE, en cas de transformation d'une société commerciale dans laquelle la responsabilité des associés est illimitée en une forme sociale caractérisée par une limitation de la responsabilité des associés à leurs apports, les créanciers dont la créance est

---

<sup>636</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Variation sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté », *Mélanges CHAMPAUD*, Dalloz, 1997, p. 542.

<sup>637</sup> Sur la détermination des contrats cédés, J.-M. CALENDINI, « La détermination des contrats cédés en application de l'article 86 de la loi de 1985 », *RJ com.*, n° spéc., nov. 1992, p. 110 et s. ; Ph. DELEBECQUE, « Le régime des contrats cédés », *RJ com.* 1992, p. 134 ; H. LE NABASQUE, « La cession de l'entreprise en redressement judiciaire », *JCP E* 1992, II, 15770, n° 65 ; J. F. MONTREDON, « La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », *préc.*, 25 et s. ; D. FABIANI, *La cession judiciaire des contrats*, thèse Nice, 1988, n° 263 et s.

antérieure à la transformation conservent leurs droits contre la société et les associés. L'inverse devant être admis, en cas de fusion ou de scission, la société absorbante ou bénéficiaire de la scission est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée ou scindée aux lieu et place de celle-ci, à moins que cette substitution emporte novation à leur égard<sup>638</sup>. Cependant, la novation suppose aussi un élément intentionnel : la volonté d'éteindre l'obligation ancienne pour la remplacer par une nouvelle. Il en résulte que la novation doit être conventionnelle et ne peut se présumer. Relativement à la notion de novation, MM. Anoukaha et autres, ont relevé que l'Acte uniforme ne s'est pas arrêté à conception classique de la novation<sup>639</sup>. Pour ces auteurs, en effet, la modification des modalités ou sûretés dont l'obligation principale était assortie y est ajoutée<sup>640</sup>. Or, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lomé, en date du 17 décembre 2003, une caution, pour se défendre sur le fondement de la novation, en l'espèce, CIMTOGO, a soutenu vainement que, bien que les contrats initiaux d'ouverture de crédit étaient soumis à remboursement limité dans le temps, quatre ans, le créancier, l'Union Togolaise des Banques (UTB), s'est permis, à trois reprises et à son insu, d'octroyer de nouveaux crédits aux débiteurs, aux moyens des avenants, en vue d'éponger les anciennes dettes. Ces restructurations unilatérales ont largement augmenté le montant de la dette à tel point que les virements successifs qu'elle a fait sur les comptes des débiteurs principaux et qui couvrent largement les cautions souscrites, n'ont pas pu éponger les dettes. Pour la caution, « *en se faisant, l'UTB a changé l'obligation principale entraînant ainsi l'extinction des cautionnements prescrits du fait de la novation au sens de l'article 25 alinéa 3 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés* ». Curieusement, en réponse, la Cour d'appel estime qu'« *il n'y a pas eu en l'espèce de novation ; que les restructurations alléguées n'étaient que des rééchelonnements ; qu'il n'y a donc pas extinction des cautions* »<sup>641</sup>. La solution retenue par le juge togolais ne peut éclairer sur le sujet parce qu'il a manqué de pédagogie. Il se pose alors une question quant à l'appréciation de la notion « de modification d'une modalité d'exécution de l'engagement » ajoutée par le législateur OHADA au regard de la notion de « rééchelonnement » employée par le juge togolais ou alors, c'est une assimilation exagérée qui est ainsi opérée par le droit uniforme, car il a été opportunément établi que le changement qui porte sur une modalité de l'obligation n'est pas réellement une novation<sup>642</sup>. Or, dans toutes ces hypothèses, l'engagement de la caution sera affecté dans son étendue.

---

<sup>638</sup> Article 679 AUSCGIE.

<sup>639</sup> F. ANOUKAHA et autres, *OHADA. Les sûretés, op. cit.*, n° 94, p. 39.

<sup>640</sup> Article 25, alinéa 3, de l'AUS.

<sup>641</sup> CA Lomé, 17 déc. 2003, n° 245/2003, inédit.

<sup>642</sup> Sur la distinction entre les notions de modification et de novation d'une obligation : A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Etude de droit civil français*, thèse préc., p. 15 et s. et p. 44 et s.

### **371. L'incidence de la modification de la modalité de l'obligation principale sur la caution.**

La prévision légale selon laquelle l'extinction partielle ou totale de l'obligation principale entraîne, dans la même mesure, celle de l'engagement de la caution et surtout l'assimilation de la novation de l'obligation principale à la modification des modalités ou sûretés dont il était assortie libère la caution, amène à se demander si la cession de contrats, imposée par le juge sur l'habilitation de la loi, peut entraîner la libération de la caution. L'article 127 AUPC, *in fine*, précise que la juridiction compétente peut prononcer l'homologation dans le cas où le concordat de redressement ne comporte aucune remise ni de délais excédant deux ans, sans que les créanciers soient appelés à voter, laissant penser même en cas de cession de contrats.

**372.** Or, aux termes de l'article 1173 du Code civil, « *la novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte* ». En effet, avec la cession forcée de certains contrats, le législateur a porté une atteinte aux principes du droit des obligations : ni le consentement du débiteur, ni celui de son cocontractant ne sont véritablement exprimés, tant la rédemption de l'entreprise est indispensable pour le maintien de l'activité. La loi impose que la volonté de nover doit résulter clairement de l'acte. Le créancier doit avoir l'intention de substituer son débiteur initial par un nouveau et de décharger l'ancien. Or, la substitution de débiteur opérée dans le cadre de la cession de contrats ne répond pas à ces conditions. La substitution est imposée par la loi au créancier par l'intermédiaire d'une décision de justice et pour les besoins du redressement du débiteur initial. En droit français, dans le domaine voisin de surendettement, il a été jugé que le réaménagement de la dette pour l'exécution d'un plan de surendettement ne caractérise pas la novation<sup>643</sup>. De plus, la jurisprudence française estime que si un immeuble garanti peut faire partie de l'entreprise cédée, cet acte n'est pas volontaire de la part du débiteur<sup>644</sup>. Il se pose alors la question du maintien de l'engagement de la caution, nonobstant la modification du contrat de base, par changement de débiteur initialement garanti.

**373. Le maintien de l'obligation de règlement des engagements antérieurs.** En principe, l'Acte uniforme étend la protection de la caution jusqu'à la frontière de la novation par modification d'une modalité de l'obligation principale, sauf si elle accepte de reporter sa garantie sur la « nouvelle dette ». Et pour mieux marquer sa rigueur, l'alinéa 3, *in fine* de l'article 25 AUS répute non écrite toute stipulation contraire antérieure à la novation. Par contre, à suivre la thèse de M. Ghozi, le changement qui porte sur une modalité de l'obligation n'est pas réellement une

<sup>643</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 mai 2003, *Bull. civ.* I, n° 122 ; *RDC* 2003, 174, obs. M. GRIMALDI ; *Banque et Droit*, nov.-déc. 2003, p. 48, obs. RONTCHEVSKY.

<sup>644</sup> Cass. com., 12 oct. 1999, *RJDA* 1999, n° 1360 ; *RTD com.* 2000, 421, obs. SAINT-ALARY-HOUIN.

novation<sup>645</sup>. De plus, la cession de contrats n'emporte pas substitution d'une nouvelle obligation en remplacement de l'ancienne puisque la volonté des parties n'est pas expressément intervenue dans ce sens<sup>646</sup>. Il résulte de cette absence de novation expresse que la caution initialement engagée pour garantir l'obligation du débiteur ne peut être déchargée.

**374.** En réalité, la cession, lorsqu'elle est choisie par le juge, comme moyen de redressement de l'entreprise défaillante, implique que l'activité est continuée entre d'autres mains, traduisant un changement de contractants<sup>647</sup>. En droit français, la question de l'incidence de la cession de contrat sur le maintien du cautionnement a été d'abord débattue par les juridictions du fond et opposait celles qui voyaient dans le plan de cession une novation par changement de débiteur libérant, par voie de conséquence, la caution<sup>648</sup> et celles qui maintenaient la garantie de cautionnement<sup>649</sup>. La chambre commerciale de la Cour de cassation française, pour sa part, a jugé, dans un arrêt du 12 octobre 1993, que la prise en charge par le cessionnaire d'un prêt n'emportait pas extinction de l'obligation préexistante. La cour a décidé qu'il « *résulte de l'article 86 alinéa 3 (L. 621-88 de la loi du 25 janvier 1985) du code de commerce que la cession qui intervient en vertu d'une décision du tribunal et non de la volonté des parties, n'emporte pas extinction de l'obligation préexistante et remplacement de celle-ci par une obligation nouvelle substituée à l'ancienne, aucun effet novatoire n'étant ainsi attaché à cette opération* »<sup>650</sup>.

**375.** Il ressort de cette décision que le juge n'a pas retenu en matière de cession de contrat, la qualification de novation, dès lors que le changement de débiteur n'est pas subordonné à la volonté des parties ou plus particulièrement au consentement du créancier, mais résulte de la seule décision du tribunal, ayant traité les difficultés du débiteur. Cette solution a été reprise par la même chambre dans un arrêt du 3 mai 1994. En l'espèce, un gérant assigné en paiement prétendait être déchargé de ses obligations dès lors que le plan de cession arrêté par le tribunal ayant retenu l'offre permettant d'assurer le paiement des créanciers, entraînait une novation par changement de débiteur, mais le juge a estimé que le cessionnaire ne se substituait en aucune

---

<sup>645</sup> A. GHOZI, thèse préc., p. 44 et s.

<sup>646</sup> Cass. com., 12 oct. 1993, *D.* 1993, IR, 245 ; *Banque* 1994, n° 544, p. 91, note GUILLOT ; *JCP G* 1994, I, 3765, obs. SIMLER et DELEBECQUE.

<sup>647</sup> M. ARTHOZOUL, thèse préc., p. 427.

<sup>648</sup> Aix, 9 janv. 1992, *Rev. proc. coll.*, 1993, p. 140, n° 7, obs. Ph. DELEBECQUE ; TGI Béthune, 31 janv. 1990, *Rev. proc. coll.* 1991, p. 327, obs. B. SOINNE.

<sup>649</sup> Caen, 10 oct. 1995, *Petites affiches*, 7 fév. 1997, p. 23, obs. C. H. GALLET.

<sup>650</sup> Cass. com., 12 oct. 1993, *D.* 1994, p. 353, note O. PLAYOUST ; *RD bancaire*, 1994, p. 136, obs. M.-J. CAMPANA et J. M. CALENDINI ; *Banque*, 1994, p. 91, obs. J. L. GUILLOT ; *JCP G* 1994, I, 3765, n° 8, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; *RTD com.* 1995, p. 848, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP G* 1994, I, 348, n° 2, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL.

façon au débiteur de ses obligations à l'égard de ses créanciers<sup>651</sup>. De plus, une décision a relevé que la cession d'un contrat par le jugement arrêtant le plan de cession d'une entreprise en redressement judiciaire n'emporte pas novation dudit contrat et que par suite, en cas de cession d'un prêt garanti par un cautionnement, le remboursement des échéances du prêt liant le prêteur et le cessionnaire continue à être garanti par la caution<sup>652</sup>. Enfin, un arrêt du 14 février 1995 a précisé que l'absence d'effet novatoire du plan arrêté par le tribunal, s'applique non seulement par changement de débiteur mais aussi quand le créancier a préalablement accepté les mesures du plan que le débiteur ou l'administrateur lui propose. Or, en l'espèce, la Cour d'appel avait décidé que lorsque le créancier avait donné son accord au plan de cession, il y avait novation<sup>653</sup>.

**376.** En s'inspirant des décisions citées, on peut conclure que ne peut être qualifiée de novation par changement de débiteur qui impliquerait l'extinction de la dette primitive pour en engendrer une nouvelle, la cession des contrats nécessaires à la poursuite de l'activité de l'exploitation. Il en va également ainsi pour la cession de l'entreprise, dès lors que celle-ci résulte, non pas d'une convention passée entre les parties, mais d'une cession forcée du juge sur habilitation de la loi, excluant l'élément essentiel, l'intention de nover, l'« *animus novendi* ». La cession de contrats n'emportant pas extinction de l'obligation principale, faute d'une manifestation expresse de la volonté des parties, le débiteur principal reste tenu du passif antérieur et, par voie accessoire, la caution aussi. Véritablement, il n'y aurait pas cession de contrat, mais une accession, d'origine judiciaire, d'un nouveau débiteur à la dette principale. La caution ne peut se prévaloir d'une libération<sup>654</sup>. Mais en assimilant d'une façon extensive la modification d'exécution de l'obligation principale à la novation et en précisant que toute clause contraire est réputée non écrite, tout porte à croire que la cession de contrats, prévue par le droit uniforme, est une modification du rapport d'obligation initial, auquel cas, l'obligation de la caution, alors accessoire, ne peut se maintenir faute d'un support à sa propre obligation. Cette autorisation légale de décharge contraste avec les règles du droit des procédures collectives. En vérité, même ne entrant pas dans la rubrique des remises consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives, la cession des contrats est obtenue dans le cadre des mesures concordataires. Or, le législateur interdit à la caution de se prévaloir du concordat de redressement. Ainsi, l'obligation

---

<sup>651</sup> Cass. com., 3 mai 1994, *Banque et Droit*, 1994, p. 26, obs. J. L. GUILLOT; *RD bancaire*, 1995, p. 42, obs. M. J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI.

<sup>652</sup> Cass. com., 14 juin 1994, *RD bancaire*, 1995, p. 120, obs. M.-J. CAMPANA et J. M. CALENDINI ; *RTD com.* 1995, p. 848, obs. A. MARTIN-SERF ; *RJDA* 1/95, n° 71.

<sup>653</sup> Cass. com., 14 fév. 1995, *Banque*, 1995, p. 92, obs. J. L. GUILLOT ; *Rev. proc. coll.* 1995, p. 171, obs. B. SOINNE.

<sup>654</sup> B. SOINNE, « Le cautionnement et la loi du 25 janvier 1985, *Act. Lég. Dalloz*, 3 oct. 1985 ; LUTZ et VERDENN, « La caution et le nouveau droit du redressement judiciaire », *Petites affiches*, 24 oct. 1986, n° 128 ; E. BROCARD, thèse préc., n° 652, p. 357.

de règlement des dettes antérieures à la cession sera maintenue pour la caution dans l'hypothèse où la cession ne répond pas aux conditions de la novation. Il reviendra à la CCJA de se prononcer quand le problème se posera, en pratique, sur la notion de la novation selon l'entendement des rédacteurs de l'Acte uniforme sur les sûretés. Par ailleurs, la caution sera tentée d'opposer les règles liées à son recours subrogatoire. Or, cette action se révélera inefficace compte tenu de la purge des inscriptions opérée par le prix de la cession des biens grevés.

377. Il s'ensuit que la perte des droits préférentiels encourue par la caution, impliquant, en principe, sa décharge, faute de pouvoir subroger valablement, ne résulte pas du fait du créancier. Cette perte du droit préférentiel résulte plutôt des dispositions légales impératives issues du droit des procédures collectives. Or, ces règles sont insusceptibles d'être soulevées par la caution. Cette situation dénote, par conséquent, la manifestation authentique de l'altération du cautionnement par le droit des procédures collectives. La caution peut-elle, au moins, se décharger de son obligation de couverture pour le passif postérieur à la cession ?

## **B - Le maintien du cautionnement du contrat cédé**

378. **La transmission du cautionnement avec le contrat cédé.** Les contrats pouvant être transmis concernent généralement les contrats de fournitures de biens ou de services, tous les contrats de location ainsi que les contrats de crédit-bail. En revanche, sont exclus des contrats cessibles, le prêt, la société en participation ainsi que le cautionnement garantissant une dette future et éventuelle<sup>655</sup>. Sous l'empire de la loi française du 25 janvier 1985, lorsque le cautionnement garantit l'exécution de l'obligation du débiteur soumis au redressement judiciaire, il faut distinguer pour connaître le sort de la caution, selon que la cession au profit du repreneur opère la transmission d'un contrat nécessaire au maintien de l'activité<sup>656</sup> ou de la cession d'une sûreté garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel porte la sûreté<sup>657</sup>. Ainsi, la cession qui intervient en vertu d'une décision judiciaire et non de la volonté des parties, ne libérait pas le débiteur originel du passif antérieur, dès lors qu'en l'absence de novation, l'obligation préexistante n'est pas remplacée par une nouvelle. Mais, l'hypothèse en cause vise le repreneur cessionnaire substitué en tant que nouveau débiteur envers le créancier cédé, alors cocontractant initial du débiteur cédant cautionné. La caution, alors débiteur, à la fois subsidiaire et accessoire du cédant, le

---

<sup>655</sup> Cass. com., 10 juill. 2001, *JCP G* 2001, I, 109, g 6, obs. M. CABRILLAC.

<sup>656</sup> Article 86 de la loi du 25 janvier 1985.

<sup>657</sup> Article 93 de la loi du 25 janvier 1985.

maintien de son obligation de couverture pour le passif postérieur à la cession peut surprendre autant plus que ce passif résulterait de l'inexécution de l'obligation contractuelle du repreneur au profit duquel la caution ne s'est point engagée. L'engagement de la caution s'analyse en un engagement personnel envers le créancier ; seulement la cession est intervenue dans le cadre du concordat de redressement qui ne profite pas à la caution.

**379. Le cautionnement : un engagement personnel envers le créancier.** En principe, le cautionnement est un contrat conclu entre le créancier et la caution dans la mesure où la caution s'engage à payer l'obligation du débiteur au cas où celui-ci n'y satisfait pas lui-même<sup>658</sup>. Il en découle un second droit de créance pour le créancier distinct du droit de créance existant entre le créancier et le débiteur principal. Cependant, le cautionnement ne peut exister que sur un support principal<sup>659</sup>. Cette condition de dépendance fait de l'engagement de la caution un engagement pour la dette d'autrui. Pour certains auteurs, l'engagement de la caution est exogène au contrat principal. A ce titre, la cession de ce dernier à un repreneur ne peut produire effet sur le contrat de cautionnement<sup>660</sup>. L'engagement de la caution alors distinct de l'obligation principale est personnel.

**380. L'incidence du caractère *intuitu personae* sur l'engagement de la caution.** La caution généralement s'engage à couvrir les dettes du débiteur principal en considération de la personne même du débiteur. Les qualités de solvabilité, d'honnêteté ou la volonté de remboursement ultérieur du débiteur principal sont autant d'éléments importants, voire, déterminants dans la cause de l'engagement de la caution<sup>661</sup>. A titre de comparaison, en droit français, dans un arrêt du 22 janvier 1985, il a été jugé que la caution avait l'obligation de préciser l'identification de la personne du débiteur, à peine d'irrégularité de son engagement<sup>662</sup>. L'acte ne vaudra seulement de nos jours, en droit français, que commencement de preuve par écrit<sup>663</sup>. Le débiteur n'est pas partie au contrat de cautionnement<sup>664</sup> mais, bien souvent, le cautionnement est souscrit par la caution sur sollicitation, voire sur insistance du débiteur. MM. Anoukaha et autres précisent, dans ce sens, que « *sauf à exposer la caution à des déboires (...), l'exclusion du débiteur de la convention de cautionnement doit être relativisée* »<sup>665</sup> dans la mesure où, la caution et le débiteur

---

<sup>658</sup> Article 3 AUS.

<sup>659</sup> Article 4 AUS.

<sup>660</sup> J. P. CHEVALLIER et J. P. GADIOU, *op. cit.*, p. 12 ; F. DERRIDA, P. GODE et J. P. SORTAIS, *op. cit.*, notes 2065 et 2066, p. 344.

<sup>661</sup> Ch. MOULY, thèse préc., n° 315.

<sup>662</sup> Cass. com., 22 janv. 1985, *Bull. civ.* IV, n° 29; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 oct. 1987, *Bull. civ.* I, n° 270.

<sup>663</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 oct. 1993, *JCP E* 1994, II, 616, note Ph. SIMLER.

<sup>664</sup> Article 3 AUS *in fine*.

<sup>665</sup> F. ANOUKAHA et autres, *OHADA. Les sûretés, op. cit.*, n° 18, p. 10.

ont nécessairement des rapports que le droit n'ignore pas tant au niveau de la formation qu'au niveau des effets du contrat. Cependant, pour les créanciers, le cautionnement n'est pas un contrat conclu *intuitus personae*, car c'est davantage la position de la caution vis-à-vis du débiteur qui importe que la personne même de la caution<sup>666</sup>. Néanmoins, en pratique, dans le cadre du cautionnement souscrit par les fonds de garantie, il est souvent conclu une convention tripartite entre la banque, le fonds et le bénéficiaire du crédit<sup>667</sup>. Il en résulte que le cautionnement est une opération triangulaire.

**381. Le cautionnement : une opération triangulaire.** L'influence des rapports débiteur et caution conduit à considérer finalement le cautionnement comme une opération triangulaire<sup>668</sup>. Les rares critiques doctrinales dirigées contre le refus de reconnaître un caractère triangulaire au cautionnement sont toutes motivées par la nécessité de restituer aux relations du débiteur et de la caution leur exacte part d'influence sur sa nature et son régime<sup>669</sup>. Aussi incontournable soit-elle dans l'analyse de l'institution, la prise en compte du débiteur et ses liens avec la caution ne doivent pas faire illusion dans la nature du cautionnement déduite de sa fonction de sûreté personnelle<sup>670</sup>. En principe, le caractère personnel du cautionnement, indépendamment du fait que la cession de contrat n'emporte pas novation, l'*intuitu personae* inhérent au rapport entre la caution et le débiteur principal ne pouvait laisser place au maintien du cautionnement. L'obligation de couverture de la caution peut être implicitement éteinte par le changement intervenu dans la personne du débiteur, élément primordial et déterminant à l'engagement initial de la caution. Il en résulte que la caution ne va pas couvrir les obligations du repreneur dans le cadre d'un contrat cautionné et cédé. La solution ainsi démontrée est conforme à celles déjà

<sup>666</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 662.

<sup>667</sup> Voir dans ce sens, les contrats-types de cautionnement solidaire proposés par le Fonds Africain de Garantie et de Coopération Economique (FAGACE), [www.le-fagace.org](http://www.le-fagace.org).

<sup>668</sup> M. REMOND-GOUILLOUD, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP G* 1977, I, 2850 ; J. FRANCOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », *D.* 2001, chron. 2580 ; D. LEGEAIS, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Droit et patrimoine*, 2001, n° 92, p. 68 et s. Sur la tendance à distinguer l'opération de cautionnement du cautionnement au sens strict, M. CABRILLAC et Ch. MOULY (*op. cit.*, n° 40 et s.), qui dans un chapitre intitulé « *les liaisons de l'opération de cautionnement* » envisagent d'abord le contexte du cautionnement, englobant notamment le contrat de base et le contrat de cautionnement lui-même. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, (*op. cit.*, n° 22), relèvent pour leur part les ambiguïtés nées de la dualité de sens entre contrat de cautionnement et opération de cautionnement au sens large, sur la détermination des caractères du cautionnement.

<sup>669</sup> D'après la thèse de Ch. LARROUMET, (*Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse, Bordeaux, 1968, p. 13, n° 8 et s.), dans une opération juridique triangulaire les droits et obligations des trois intéressés résultent d'une même et unique convention. Or, l'opération de cautionnement est une superposition de contrats distincts.

<sup>670</sup> D. GRIMAUD, thèse préc. La position très intéressante de J. FRANCOIS, *Les opérations juridiques triangulaires attributives. Délégation de créance et stipulation pour autrui*, thèse, Paris II, 1994, n° 392 à 396, où l'auteur affirme que le cautionnement viendrait avec la novation par changement de débiteur, un type distinct d'opération triangulaire non translatrice : celui des opérations assises sur un contrat à effets bilatéraux.

appliquées dans l'hypothèse du décès du débiteur principal<sup>671</sup>, ou de fusion de la société débitrice, laissant place à une personne morale nouvelle<sup>672</sup>. Cette solution avait aussi été adoptée par la Cour de cassation française qui exclut tout effet novatoire à la cession judiciaire des contrats mais en préservant l'engagement de la caution pour les dettes antérieures au jugement, en considérant qu'elle n'a pas à garantir les créances nouvelles nées du chef du repreneur depuis la cession<sup>673</sup>. Cependant, en droit uniforme, cette position n'est pas à l'abri de critiques. En réalité, à suivre la logique du législateur, la cession est intervenue dans le cadre du concordat de redressement, convention qui n'a pas vocation à profiter à la caution.

**382. La thèse favorable au maintien du cautionnement.** Le volume des échecs que subit le cautionnement trouve, encore une fois, un terrain d'élection dans la cession des contrats par la remise en cause de l'affirmation précédente selon laquelle l'obligation de couverture de la caution ne pouvait être maintenue en raison de l'*intuitu personae* qui sous-tend son engagement. Déjà, en droit français, dans le cadre de la loi de 1985, une partie de la doctrine avait proposé de maintenir l'engagement de la caution après la cession de contrat. Pour ces auteurs, la cession est judiciaire et fait partie intégrante du plan de redressement de l'entreprise. Or la caution solidaire ne pouvant se prévaloir des mesures du plan, en vertu de l'article 64 alinéa 2 de la loi précitée, il s'ensuit qu'elle ne peut également pas se prévaloir de la cession du contrat principal<sup>674</sup>. La caution est plus un quasi-débiteur qu'un véritable tiers et la Cour de cassation française n'a pas hésité à considérer, très récemment, précisément, le 27 mars 2007, que malgré la lettre de l'article 1690 du Code civil, la cession de créance signifiée à la caution produit ses effets alors même qu'aucune formalité n'a été accomplie à l'égard du débiteur principal<sup>675</sup>. L'Acte uniforme est aussi, dans ce sens, car, l'article 134, alinéa 5, de l'AUPC énonce que « *le concordat de redressement accordé au débiteur principal ou à un coobligé ne profite pas à la caution ni aux autres coobligés* ». Ce texte semble autoriser le raisonnement favorable au maintien de l'obligation de couverture au profit du repreneur. La jurisprudence française est dans ce sens.

---

<sup>671</sup> Aux termes de l'article 25, alinéa 4, de l'AUS « *les engagements de la caution simple ou solidaire passent à ses héritiers uniquement pour les dettes nées antérieurement au décès de la caution* ».

<sup>672</sup> Selon l'article 189, alinéa 3, de l'AUSCGIE « *La fusion entraîne transmission à titre universel du patrimoine de la ou des sociétés, qui disparaissent du fait de la fusion, à la société absorbante ou à la société nouvelle* » ; également l'article 679 AUSCGIE.

<sup>673</sup> Cass. com., 12 oct. 1993, D. 1993, IR, 245 ; *Banque*, 1994, n° 544, p. 91, note GUILLOT ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur », art. préc., n° 11.

<sup>674</sup> Ph. DELEBECQUE, *Rev. proc. coll.*, 1993/1, 140, n° 7 ; D. SCHIMDT, « Le cautionnement et la loi du 25 janvier 1985 », *Cahiers de recherche de l'I. A. E. de Toulouse*, 1986, n° 51.

<sup>675</sup> Com., 27 mars 2007, RDC 2007, obs. D. HOUTCIEFF.

**383.** Il a été jugé qu'au regard de l'article 1692 du Code civil, si la vente de l'immeuble provoque la cession du bail et non, à proprement parler une cession de créance, il n'en demeure pas moins que les créances nées du bail lui-même sont transférées à l'acquéreur de l'immeuble. Ainsi la créance de loyers et ses accessoires, et particulièrement ici le bénéfice du cautionnement, sont transmis au nouveau propriétaire. Celui-ci a ainsi avec l'immeuble la créance découlant du bail pour les loyers à venir et pour les obligations à respecter par le preneur avec les garanties qui les assortissaient, dont en l'espèce, un cautionnement. En fait, l'acte de caution avait pour objet l'engagement solidaire d'une société avec le locataire envers le bailleur, au titre du paiement des loyers de ce locataire s'il était défaillant pour cette obligation. Même si le nom du bailleur était bien sûr précisé dans l'acte de caution, dans la mesure où, le bail lui-même allait être souscrit quelques jours plus tard, il est néanmoins patent que la caution s'engageait bien pour une obligation pesant sur le locataire débiteur, et que la personne du bailleur lui était, dans ces conditions et logiquement, indifférente<sup>676</sup>. Cette solution confirme la thèse favorable au maintien de l'engagement de la caution et, par voie de conséquence, exprime la constance de la remise en cause de la vocation de la garantie à s'éteindre avec la libération du débiteur initial cautionné.

**384. Critiques de la solution du maintien de l'engagement de la caution.** La position du maintien du cautionnement n'a pas fait l'unanimité en doctrine<sup>677</sup>. Les dispositions de l'article 134 AUPC devraient avoir pour seul but d'empêcher la caution solidaire de se prévaloir des délais et des remises accordés par les créanciers dans le cadre des remises concordataires<sup>678</sup>. Maintenir le contrat de cautionnement au profit du repreneur aurait pour conséquence de modifier profondément la conscience qu'a la caution de son engagement. Si l'effet relatif des contrats est incontournable lorsque le contrat principal dont la cession est envisagée a pour objet les qualités mêmes de la personne qui disparaît, à plus forte raison, cette cession est impossible quand le contrat n'a pas été conclu au profit du débiteur en difficulté. La lecture de l'article 107 AUPC qui interdit la poursuite des « *contrats conclus en considération de la personne du débiteur et ceux prévus expressément par la loi de chaque Etat partie* » permet d'émettre des

---

<sup>676</sup> Rouen, 10 déc. 2002, *Gaz. Pal.*, 26 avril 2003, n° 116, p. 24. La cour d'appel de Rouen a statué comme cour de renvoi d'un arrêt de la cour de cassation du 26 octobre 1999, *RJDA* 1/2000, n° 92, qui a donné lieu à d'abondants commentaires : *Gaz. Pal.*, 2000, somm. 212, p. 15 ; *Gaz. Pal.*, 4 déc. 1999, p. 44 ; *D.* 2000, p. 224 ; *JCP G* 2000, II, 10320 ; *JCP E* 2000, p. 416, note O. GOUT.

<sup>677</sup> Favorables à la libération de la caution : en raison du caractère accessoire, F. DERRIDA, *Petites affiches*, 31 janv. 1997, p. 19, *D.* 1997, somm. p. 5 ; ou en raison du caractère personnel du cautionnement, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 963, A. LIENHARD, « Le cautionnement dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires », art. préc., p. 140, n° 7.

<sup>678</sup> M. PASTUREL, « La jurisprudence de la Cour de cassation relative aux solutions des procédures collectives de redressement judiciaire », *Petites affiches*, 1994, n° 5, n° spéc., *Sécurité juridique et entreprise en difficulté*, p. 23 et 26.

objections, même si on ne saurait prétendre que le caractère *intuitu personae* de certains contrats suffit, à lui seul, à empêcher la cession judiciaire. Il faut, en principe, que la considération de la personne soit étroitement liée à l'exécution du contrat<sup>679</sup>. Le changement de cocontractant constitue un obstacle objectif à la poursuite des relations contractuelles.

**385.** Il a été utilement affirmé que le changement d'une partie au contrat cédé justifie que l'obligation de la caution qui garantit les dettes du contractant initial cesse de produire effet pour les dettes qui naissent après la cession, bien que la cession soit un élément du plan opposable à tous<sup>680</sup>, à moins que la caution, elle-même, manifeste la volonté de reporter sa garantie sur la nouvelle dette<sup>681</sup>. Le cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été donné<sup>682</sup>. Il faut reconnaître que lorsque le débiteur est exclu de l'exécution du contrat transféré parce que le tribunal impose un nouveau partenaire, le cautionnement qui garantissait la dette ne peut survivre au transfert dès lors que la caution ignorait l'existence et la solvabilité du nouveau débiteur. La cession ne saurait la contraindre à continuer de garantir les obligations nouvelles générées par le repreneur, qu'elle ne connaît pas, à moins que la caution ait renouvelé au profit du cessionnaire sa garantie de l'exécution du contrat transféré. Le « *principe de rupture libératoire* »<sup>683</sup> opéré par la cession conduit à dispenser le cédant de l'exécution du contrat transféré, et, par voie de conséquence, devrait décharger la caution.

**386. Conclusion de la section 2.** Les mesures de sauvetage de l'activité du débiteur principal cautionné influencent, directement ou par ricochet, l'engagement accessoire de la caution. *A priori*, la cession du contrat intervenue dans un cadre judiciaire ne peut entraîner la cession du contrat de cautionnement pour le fait que le débiteur principal n'est pas volontairement partie à ce contrat et qu'il est donc exclu que le cautionnement puisse entrer dans le domaine d'une

<sup>679</sup> DERRIDA, GODE et SORTAIS, *op. cit.*, n° 464 ; M. CABRILLAC, obs. sous *JCP E* 1989, 15591.

<sup>680</sup> Cass. com., 21 nov. 1995 décide que « *lorsque le contrat de crédit-bail, dont l'exécution est garantie par un cautionnement, est cédé par application de l'article L. 621-88 de la loi du 25 janvier 1985, si la caution reste garante des loyers échus antérieurement à la cession, nés du chef du débiteur cédé, elle ne garantit pas 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* », *Bull. civ.* IV, n° 267; *JCP G* 1996, II, 22635, note JAMIN et BILLIAU; *RD banc.* 1996, 36, obs. CAMPANA et CALENDINI ; *D.* 1996, somm. 336, obs. AYNES ; *D.* 1997, somm. 5, obs. DERRIDA ; Cass. com., 26 oct. 1999, *RJDA*, 2000, n° 92 ; J.-G. MAHINGA, « Portée de l'obligation de la caution en cas de plan de cession », *Rev. proc. coll.*, 2000, n° 3, p. 96.

<sup>681</sup> Com., 21 nov. 1995 préc., Article 25, alinéa 3 AUS.

<sup>682</sup> Cass. com., 26 oct. 1999, *RJDA*, 1/00, n° 92. Déjà, dans un arrêt du 9 mai 1994, la chambre commerciale précisait que lorsque le contrat n'a pas été transféré, la caution reste tenue de toutes les prestations dues par le débiteur principal. En fait, lorsque le contrat de prêt n'a pas été compris dans l'acte de cession, la dette n'ayant pas été cédée, ne peut être mise à la charge du cessionnaire pour tout ou partie. En l'espèce, la caution n'a pas été déchargée « *dès lors que le cessionnaire n'était pas tenu de payer autre chose que le prix destiné à l'apurement du passif du débiteur, la dette litigieuse ne lui étant pas transmise par la cession, il n'avait pas à se substituer au débiteur dans ses obligations à l'égard du créancier* », *Banque et Droit*, 1994, p. 26, obs. J. L. GUILLOT ; *RD bancaire*, 1995, p. 42, obs. CAMPANA et CALENDINI.

<sup>683</sup> D. FABIAN, *La cession judiciaire des contrats*, thèse préc., n° 263 et s.

cession forcée de contrat. Mais l'adoption du concordat de redressement avec cession d'entreprise peut exercer une influence, plus ou moins forte, sur le sort du cautionnement, d'une part, lorsque le contrat cédé est le contrat dont l'exécution est garantie par le cautionnement, et d'autre part, lorsque le bien cédé est un bien qui avait été acquis grâce au financement dont le remboursement est garanti par le cautionnement. Le problème du niveau de généralité le plus adapté à l'appréhension de données issues de la continuation des contrats en cours peut être en effet facilement admis à présent. Cette appréhension reste inscrite dans le constat, aujourd'hui inéluctable, de l'existence de la compénétration du droit des sûretés, plus spécialement du droit du cautionnement, et du droit des procédures collectives, devenue un phénomène de portée générale qu'il serait irréaliste de ne pas admettre. Cette imbrication est étendue jusqu'aux confins de la cession des contrats.

## **Conclusion du chapitre II**

**387.** Au regard de l'analyse du traitement des difficultés du débiteur cautionné à travers les règles de la suspension provisoire des poursuites individuelles et voies d'exécution, de l'interdiction des paiements, de l'arrêt du cours des intérêts ou de la sanction des actes suspects, les règles classiques du cautionnement favorables à la protection de la caution sont écartées. Cette situation s'observe également dans les mesures relatives à la poursuite de l'activité du débiteur et dans la cession des contrats. Il en ressort que les mesures sont exorbitantes du droit commun du cautionnement et ne sont pas sans incidence sur l'engagement de la caution. La caution est privée de se prévaloir du régime de faveur accordé au débiteur, attestant, par voie de conséquence, de façon objective, la dénaturation du contenu normatif de la règle de l'accessoire attachée au cautionnement, mais également de son inefficacité à protéger la caution dans le cadre du redressement judiciaire.

## **Conclusion du titre II**

**388.** La confrontation des règles relatives la défaillance du débiteur et celles liées au traitement judiciaire en vue de son redressement avec celles du cautionnement fait apparaître une absorption quasi-totale de la conception classique du cautionnement par le droit des entreprises en difficulté issu du droit uniforme. Le législateur renforce l'efficacité de la garantie en faisant en sorte que l'exécution de l'obligation de la caution ne soit pas retardée, amputée ou paralysée, pour rejeter les contestations relatives au montant et à l'étendue de l'engagement de la caution, favorisant ainsi la primauté de la sûreté, à travers les diverses interdictions prévues. Seulement, nombreuses sont les hypothèses qui militent en faveur du maintien de la règle de l'accessoire. En

effet, cette remise en cause expresse de la norme de l'accessoire aboutit au renoncement par le législateur de la protection de la caution et à la confusion de régime du cautionnement avec les autres garanties autonomes. Parce que les cautions personnes physiques sont généralement les dirigeants des sociétés, le refus d'étendre à leur profit le bénéfice des moyens de protection du débiteur principal renferme le germe de l'échec du dispositif légal : le dirigeant social va se voir poursuivre par le créancier et il ne sera point incité à déclencher la procédure collective ; il laissera irrémédiablement compromise la situation de l'entreprise. De même, lorsque la caution paie le créancier postérieurement à l'ouverture de la procédure et que sa dette n'est pas intégrée à la masse, elle entrera dans la rubrique des créanciers postérieurs et exercera son recours d'indemnités contre le débiteur principal. Ce recours va totalement remettre en cause l'efficacité de la procédure d'autant plus que l'entreprise débitrice devra payer une dette à laquelle elle était censée échapper, au moins, dans un premier temps.<sup>684</sup>

### **Conclusion de la première partie**

**389.** La mise en scène du cautionnement à l'épreuve des procédures collectives du débiteur principal se déroule souvent, en termes de politique juridique ou législative, entre l'efficacité de la garantie et la protection de la caution. A la différence du droit français où l'évolution en la matière est favorable aux intérêts de la caution, le droit uniforme africain a choisi une politique rigoureusement tranchée et sévère pour la caution. C'est sur ce constat que s'achève l'examen de l'altération du cautionnement dans les procédures de sauvetage du débiteur principal. Cette transfiguration que traduisent une suite de solutions incompatibles avec la maxime *accessorium sequitur principale* et des controverses engagées autour de ses fonctions applicatives rémanentes<sup>685</sup>, le cautionnement subit donc une altération effectivement de manière continue, tant dans la procédure de règlement préventif que dans celle de redressement judiciaire, dans un contexte fait d'atteintes à la conception du cautionnement admise en droit commun. L'immunité de paiement reconnue au débiteur ne fait pas obstacle au créancier de recouvrer sa créance contre la caution<sup>686</sup>, une caution dont le statut de débiteur tenu de manière accessoire et subsidiaire passe à l'arrière plan aussi longtemps tant que la dette garantie n'a pas été payée<sup>687</sup>. La remise en cause des mécanismes de protection de la caution inhérents à la règle de l'accessoire du cautionnement au profit d'autres objectifs se trouve définitivement confirmée dans la règle de l'opposabilité des exceptions, contribuant à forger une vision renouvelée en théorie sur la nature

---

<sup>684</sup> P. CROCQ, « Sûretés et procédures collectives », *Lamy droit civil*, fév. 2005, suppl. 13, p. 18.

<sup>685</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 287.

<sup>686</sup> P. ANCEL, « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », art. préc., p. 96.

<sup>687</sup> Article 3 AUS.

de l'engagement de la caution. En effet, à la conception héritée du Code civil, d'une caution ne devant que ce que doit le débiteur principal, se substitue celle du garant qui doit au demeurant sa propre dette. Ainsi, lorsqu'elle réalise sa fonction de garantie de la valeur économique de la créance principale dans le cadre des procédures collectives, l'obligation de caution n'est plus accessoire mais plutôt autonome.

**390.** Cette solution est en rupture avec la théorie classique, notamment, celle que Pothier avait énoncée et qu'allaient recueillir, après lui, le Code civil et une longue tradition héritée de la doctrine et de la jurisprudence. La caution paie désormais sa propre dette dans le cadre des procédures collectives et devient un débiteur de premier rang<sup>688</sup>, tenue plus sévèrement que le débiteur principal, situation qui rappelle cette époque reculée du droit romain où les modes de cautionnement et la rigueur de l'engagement des cautions trahissaient un mélange des domaines théoriques de la garantie et de l'obligation. Cette confusion avait été plus tard dissipée grâce à l'apparition de l'idée « accessoire » dans la pensée des juristes<sup>689</sup>, suivie désormais de la consécration légale de la lettre de garantie par le législateur OHADA<sup>690</sup>. La norme de l'accessoire est un paradigme servant à distinguer les sûretés personnelles. Seulement cette dénaturation de la cause du cautionnement est tributaire de la solution à un problème qui excède l'examen de son caractère accessoire, au sens strict, du terme : celui du régime des recours en contribution de la caution contre le débiteur en difficulté sont illusoire d'autant plus que toutes les actions et voies d'exécution sont suspendues ou interdites.

**391.** Il importe cependant de préciser que ce qui pourrait passer pour principe de substitution abstraite de la caution au débiteur dans l'exécution de la dette parce que amenée à payer seule, plus tôt ou davantage que le débiteur principal, n'est ni pleinement acquis ni parfaitement maîtrisé. Les mesures propres à protéger la caution et expressément prévues par le législateur OHADA doivent être le véritable cheval de bataille du juge et peuvent toujours être soulevées par la caution, auquel cas, le cautionnement sera maintenu mais d'une façon aménagée. Le droit du cautionnement peut donc survivre dans le droit des entreprises en difficulté.

---

<sup>688</sup> Ch. ATIAS, « Le crédit dénaturé », art. préc., p. 328.

<sup>689</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 5 et 22.

<sup>690</sup> J. C. OTOUMOU, « La lettre de garantie OHADA », *RDAI*, 1999, p. 425 et s.

## SECONDE PARTIE

### LA SURVIE DU CAUTIONNEMENT DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES

**392. Le maintien de certains aspects fondamentaux du cautionnement dans les procédures collectives.** Les procédures de sauvetage du débiteur cautionné en difficulté ayant profondément modifié la mise en œuvre normale du droit du cautionnement, que reste-t-il de ce droit ? Rien ou presque rien ? La messe n'est pas dite pour le cautionnement. En réalité, le droit du cautionnement tente de résister à l'assaut des vagues d'altération du caractère accessoire du cautionnement par le droit des procédures collectives. L'histoire du cautionnement est jalonnée de cycles alternant entre exigences des créanciers et protection des cautions. Avant que les Romains et les Suffragettes n'aseptisent le droit, la femme donnée comme caution devait payer de sa personne si son mari n'exécutait pas : le créancier pouvait alors la réduire en esclavage, user de son droit et abuser de la caution<sup>691</sup>.

**393.** Malgré la disparition de l'intérêt de cet abus de nos jours, la protection de la caution reste immuable, tant la caution est digne d'intérêt. Son engagement est toujours perçu comme anormal au moment de son exécution car il n'est pas aisé de payer la dette d'autrui. Avec le droit uniforme, le cautionnement est encore dans une phase de durcissement contractuel, observée au niveau de la tentation des créanciers d'imposer à la caution des exigences liées à l'étendue excessive des dettes garanties, à la poursuite du contrat de cautionnement, malgré la cessation des paiements déclarée du débiteur principal et le refus du bénéfice des remises consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives. L'ensemble de ces menaces risquent de peser sur la tête de la caution et se manifesteront assurément dans le cadre des procédures collectives.

**394. La protection de la caution : une idée constante.** Les mesures consenties au débiteur dans le cadre du règlement préventif et du redressement judiciaire ne profitent pas à la caution. Néanmoins, l'ouverture ou la clôture d'une procédure collective peut être indifférente aux règles de droit commun inhérentes au risque du crédit couvert. A cet égard seront maintenues, notamment les prescriptions légales relatives à la limitation de l'étendue de la dette de la caution à un montant préfixé ou à la valeur de réalisation d'un bien et celles relatives aux divers devoirs mis à la charge du créancier, conférant au garant une protection expresse mais aménagée. Il en

---

<sup>691</sup> Ch. MOULY, « Abus de caution ? », Colloque de Deauville intitulé « L'évolution du droit des sûretés », *RJ com.* 1982, p. 13 et s.

résulte un maintien aménagé du cautionnement dans toutes les procédures collectives (Titre I). Aussi, la procédure de la liquidation des biens, parce qu'elle fait renaître les actions individuelles contre le débiteur principal, maintient-elle les droits du créancier contre la caution. Il en va également ainsi des mécanismes légaux de protection de la caution, car la caution ayant payé le créancier peut agir, par voie personnelle ou subrogatoire, contre le débiteur principal. Il en découle que le droit du cautionnement, en général, et le caractère accessoire du cautionnement, en particulier, sont pleinement préservés dans la procédure de liquidation des biens (Titre II).

## TITRE I – LE MAINTIEN DES REGLES DU DROIT COMMUN DE PROTECTION DE LA CAUTION CONTRE LE RISQUE INHERENT AU CREDIT

**395. La survie des mécanismes exprès de protection de la caution.** La procédure collective peut être indifférente à certains mécanismes légaux de protection de la caution contre le risque inhérent au crédit<sup>692</sup>. En fait, la poursuite de la caution par le créancier pendant les procédures collectives peut se heurter à la résistance de la caution qui dispose de mécanismes légaux pour se défendre. En principe, tenue à une dette contractée par autrui et jouant, par voie de conséquence, un rôle original dans le rapport économique triangulaire, la caution occupe une position qui a nécessité le plus souvent l'introduction de l'équité dans le froid raisonnement juridique<sup>693</sup>. Evidemment, en s'engageant à garantir la bonne exécution de l'obligation principale lorsque le débiteur devient défaillant, la caution promet presque toujours la même chose que le débiteur principal. Mais elle n'avait certainement pas l'intention de donner à son engagement la même énergie qu'un codébiteur solidaire.

**396.** Parce que l'engagement de la caution est envisagé comme une obligation accessoire et dépendante de la dette principale, il s'avérait utile de la traiter comme telle, en lui conférant un statut tenant compte de l'équité. Le drame le plus redoutable de la caution, acculée à la ruine, avec toute sa famille, pour une signature qu'elle n'a pas pu ou n'a pas su ou, encore, n'a pas cru pouvoir refuser, avait fini par convaincre, d'abord, l'opinion, ensuite, le juge et, enfin, le législateur à repenser, dans le sens de l'amélioration, la condition juridique de celle-ci. Ainsi, des mesures diverses de protection aussi bien prétorienne que législatives ont été reprises et consacrées par le droit uniforme issu de l'OHADA. Au départ, la protection était plus accentuée sur la caution « parent », « ami » ou « conjoint » souscrivant des contrats de cautionnement au profit des proches ou du conjoint exploitant une entreprise ou un fonds de commerce. De nos jours, le champ d'application des mesures de protection de la caution est étendu et diversifié.

**397. La permanence de la protection de la caution.** L'Acte uniforme portant organisation des sûretés issu de l'OHADA, nonobstant l'institution du principe de la solidarité du cautionnement, a recherché à concilier les intérêts légitimes des créanciers poursuivants avec des impératifs de protection de la caution poursuivie<sup>694</sup>. Cette protection, loin d'être totalement absente dans le cadre des procédures collectives, peut s'observer au niveau de la réalisation du cautionnement

<sup>692</sup> J. N. GAFAOUNAIN, *Les mécanismes de protection de la caution*, thèse Orléans, 1994, p. 10 et s.

<sup>693</sup> Ph. SIMLER, « Le juge et la caution : excès de rigueur ou excès d'indulgence ? », art. préc., p. 172.

<sup>694</sup> N. DJIMASNA, *Réflexions sur l'efficacité des sûretés personnelles dans le droit uniforme issu du Traité de l'O. H. A. D. A.*, thèse préc., n° 153, p. 200.

par un allègement de la condition juridique de la caution. Celle-ci, en tant que débiteur de la garantie, voit ses obligations assouplies et occupe une position de créancier de certains devoirs mis à la charge du créancier. En vérité, les mesures légales expressément prévues par le législateur ne peuvent permettre de protéger la caution contre elle-même<sup>695</sup> lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective que par le biais de la limitation de son engagement et par l'encadrement de sa volonté quant à la mention manuscrite. Ces mesures de protection sont, certes, exigées au moment de la conclusion du contrat de cautionnement. Pour cette raison, *a priori*, leur rayonnement dans les procédures collectives peut être discuté. Mais leur utilité apparaît au moment de la mise en œuvre de la garantie lorsque le juge saisi dans le cadre d'une procédure collective procède à l'évaluation de la dette de la caution.

**398.** Il résulte de ce qui précède que les règles de droit commun du cautionnement relatives à l'évaluation de la dette de la caution sont maintenues dans la procédure collective du débiteur principal (Chapitre I). De plus, le créancier doit, entre autres, informer la caution de toute défaillance du débiteur principal et sauvegarder les intérêts de la caution à travers les remises de dettes et la production de la créance à la procédure. Il en découle que les mécanismes de protection de la caution se manifesteront également dans les divers devoirs légaux mis à la charge du créancier (Chapitre II).

---

<sup>695</sup> Locution usitée par A. PRÜM, « Protéger les cautions contre elles-mêmes », *RD bancaire et fin.*, sept.-oct. 2003, p. 269.

## CHAPITRE I - LE MAINTIEN DES REGLES DU DROIT COMMUN RELATIVES A L'EXISTENCE ET L'ETENDUE DE LA CREANCE

**399. Le plafonnement de l'engagement de la caution et le droit de critique.** *A priori*, l'idée du maintien du droit commun du cautionnement dans le droit des procédures collectives peut paraître peu convaincante. Or, habituellement, le problème se pose relativement à l'étendue de la dette à payer par la caution lorsque le créancier a consenti une remise de dette ou un report d'échéance et lorsque les intérêts sont arrêtés à l'égard de la masse ou du débiteur principal. L'analyse de la survie des règles du droit commun relatives à la limitation de l'engagement de la caution dans le cadre des procédures collectives peut s'appuyer sur un arrêt récent de la Cour de cassation française. Elle a décidé que si la mise en redressement judiciaire du débiteur principal ne fait pas obstacle à ce que le créancier poursuive la caution en paiement de la dette, en revanche, « *les juges du fond devaient vérifier eux-mêmes, selon les règles du droit commun, l'existence et le montant de la créance* »<sup>696</sup>. Il résulte de cette décision que l'existence et le montant de la dette doivent être vérifiés, non pas en fonction du droit des procédures collectives, mais, selon les règles du droit commun. Pour éviter d'interminables contentieux lors de la défaillance du débiteur principal, l'Acte uniforme offre à la caution non seulement des possibilités de limiter son engagement en montant et en durée, mais aussi à l'assiette d'un bien . Il en résulte que l'étendue de l'engagement de la caution comprenant le principal et les accessoires est délimitée ou peut être délimitée dès la conclusion du contrat (Section 1). De même, la caution dispose du droit de critique sur les irrégularités de sa propre obligation ou de l'obligation principale cautionnée, mesures dont l'utilité se révélera lorsque la caution sera actionnée indépendamment de tout recours contre le débiteur dans le cadre des procédures collectives (Section 2).

### Section 1 - Le maintien des règles relatives à la délimitation de l'étendue de la dette de la caution

**400. Un engagement limité en montant préfixé ou à la valeur de réalisation d'un bien.** Les diverses mesures consenties au débiteur défaillant par le créancier ou la loi ne doivent pas ignorer les règles spécifiques protectrices de la caution. En réalité, l'aspect le plus attrayant de la garantie du cautionnement réside dans sa souplesse et dans la rapidité lors de sa conclusion, dans la mesure où, l'assiette de cette sûreté n'est pas un bien fixe mais l'ensemble des biens du

---

<sup>696</sup> Cass. com., 24 sept. 2003, *RJDA*, 02/2004, n° 228.

patrimoine de la caution. Ainsi, le créancier peut espérer qu'elle s'élargira avec le temps, au rythme de l'enrichissement de la caution et en fonction des remises consenties au débiteur lorsque les termes du contrat l'y autorisent. Dans le souci d'une meilleure couverture, le créancier peut vouloir imposer logiquement une charge lourde à la caution en fixant une étendue aussi large que possible à la garantie qu'elle assume, car craignant l'insolvabilité éventuelle de la caution au fil du temps et, pour endiguer ce risque, être amené à solliciter de la caution de consentir une sûreté réelle en garantie de son engagement. Cette possibilité susceptible d'être exploitée par le créancier n'est pas à l'abri d'un abus lorsque, par le jeu de l'arrêt du cours des intérêts ou de la suspension des poursuites individuelles, le montant de l'engagement du débiteur peut dépasser les prévisions contractuelles originaires. A cet égard, des mesures de défense de la caution peuvent être recherchées dans la règle de la limitation du cautionnement à un montant maximal garanti (Paragraphe 1) ou à la valeur de réalisation d'un bien donné en garantie, lesquelles mesures ne peuvent subir l'influence du droit des procédures collectives du débiteur principal (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 - La limitation de l'engagement de la caution à un montant maximal garanti**

**401. La limitation de l'obligation de la caution à la dette.** L'ouverture ou la clôture d'une procédure collective ne peut modifier l'engagement de la caution limité à un montant préfixé. Certes, la caution est tenue de la même manière que le débiteur principal ; néanmoins elle n'a pas vocation à payer tous engagements du débiteur principal défaillant, de n'importe quelle nature. Lors de la conclusion du contrat de cautionnement, les parties ont l'obligation de préciser le montant de la garantie. Seulement, l'Acte uniforme précise que le cautionnement peut s'étendre aux accessoires de la dette et aux frais de recouvrement de la créance<sup>697</sup>. Il prévoit également le cautionnement général des dettes du débiteur sous la forme d'un cautionnement de tous engagements, du solde débiteur d'un compte courant ou sous toute autre forme<sup>698</sup>. Cette énumération est indicative et elle peut ouvrir la voie à des dérives. Cette prévision légale est donc discutable, car elle permet au créancier d'y incorporer les remises consenties au débiteur en difficulté. L'emploi de l'expression « ou sous toute autre forme » démontre que l'énumération faite par le législateur est à titre indicatif. En conséquence, les parties peuvent élargir le domaine couvert par le cautionnement pour englober l'exécution des engagements du débiteur contenus dans le concordat préventif ou dans le concordat de redressement, même sous la forme d'une

---

<sup>697</sup> Article 8 AUS.

<sup>698</sup> Article 9 AUS.

obligation de ne pas faire<sup>699</sup>. Cette exigence légale n'est pas sans conséquence lors de la réalisation de la garantie dans le cadre des procédures collectives. Pour des raisons d'équité et de protection de la caution, certains aspects de la dette du débiteur doivent être exclus de l'engagement de la caution, par la délimitation de la faculté d'extension du cautionnement aux accessoires et aux frais de recouvrement (A). Il en résulte que cette délimitation doit permettre l'exclusion des dettes indirectes et imprévisibles devant peser sur la caution du fait de la procédure collective (B).

## **A - La délimitation de la dette de la caution**

**402. L'étendue du cautionnement en question.** Généralement, l'obligation de la caution à la dette est regardée comme excessive, mieux, abusive lorsqu'elle est conclue dans des conditions telles que la caution n'a que peu de chances d'être remboursée à l'issue d'une procédure collective par le débiteur principal. Aux termes de l'article 28, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'AUPC, la procédure collective peut être ouverte sur la demande d'un créancier, quelle que soit la nature de la créance du débiteur cautionné pourvu que la dette soit certaine, liquide et exigible. Le créancier, lorsqu'il sait que le débiteur est dans l'impossibilité de payer, peut déclencher la procédure collective pour pouvoir poursuivre la caution. L'assignation du créancier doit préciser, cependant, la nature et le montant de la créance afin d'éviter que le créancier ne réclame des créances contestables, à terme non échu ou dont le montant n'est pas déterminé<sup>700</sup> ou, encore, difficilement déterminable. Mais la limitation du montant garanti présente une signification et une portée variables selon qu'elle s'applique au cautionnement d'une obligation déterminée ou au cautionnement de tous engagements du débiteur. En pratique, un engagement de cautionnement conclu pour « *tout ce que le débiteur doit et pourra devoir au créancier* » est une formule qui oblige la caution au-delà du prévisible en l'obligeant à garantir des dettes dont l'existence est liée au hasard<sup>701</sup>.

---

<sup>699</sup> Pour les auteurs F. ANOUKAHA et autres (*in OHADA. Sûretés*, préc., n° 56, p. 25), « *la loi n'interdit aucunement que l'on puisse garantir une obligation de faire ou de ne pas faire ou encore une obligation de donner* » ; aux termes de l'article 27 AUPC, en même temps que la déclaration prévue par l'article 25, le débiteur doit déposer une offre de concordat précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise, notamment, l'ensemble des engagements souscrits ainsi que, s'il y a lieu, les garanties fournies pour en assurer l'exécution ; ces engagements et garanties peuvent consister, notamment en l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers, la fourniture de cautions.

<sup>700</sup> L'article 28 (alinéas 1<sup>er</sup> et 2, de l'AUPC) contient les exigences à éviter l'ouverture de la procédure sur le fondement des créances contestables, à terme non échues ou dont le montant n'est pas déterminé à l'encontre du débiteur mais compte tenu de l'indépendance du droit de poursuite dont jouit le créancier par rapport à la caution, cette relation doit être régie, selon la Cour de cassation française (Com., 24 sept. 2003, préc.), par les dispositions du droit commun.

<sup>701</sup> Ch. MOULY, « *Abus de caution ?* », art. préc., p. 15 et s.

**403. Les difficultés d'évaluation du cautionnement de tous engagements du débiteur.** Les rédacteurs de l'Acte uniforme, à la différence de ceux du Code civil, instruits de la pratique contemporaine du cautionnement, ont distingué le cautionnement spécial portant sur une dette déterminée, soit un prêt et le cautionnement général portant sur l'ensemble des dettes du débiteur principal. Un tel engagement de cautionnement spécial donné soit pour l'intégralité de l'obligation soit pour une partie seulement mais jamais pour un montant supérieur ne pose pas de problème, *a priori*, et semble protéger la caution.

**404.** Cependant, la question essentielle est celle de savoir si le cautionnement couvre seulement le principal de la dette ou s'il couvre également les accessoires<sup>702</sup>. L'Acte uniforme répond à cette question de manière claire. L'article 8 AUS énonce, dans ce sens, que l'engagement de la caution peut s'étendre aux accessoires et aux frais de recouvrement de la créance, signifiant, à l'opposé de la solution admise en jurisprudence française, que cette extension n'est pas de droit<sup>703</sup>. Mais la difficulté consiste, en pratique, à délimiter la notion d'« accessoires et frais de recouvrement de la créance » lorsque la caution est appelée à payer à la place du débiteur défaillant contre qui le créancier ne peut tenter aucune action pour discuter de l'étendue de la créance dans le cadre des procédures collectives. Comment reconnaître les accessoires de la dette de la caution pour en délimiter l'étendue dans le cadre des procédures collectives ? La règle de l'accessoire ayant été remise en cause, l'obligation principale ne sert plus de mesure à l'engagement de la caution dans le cadre des procédures collectives. A cet égard, d'autres mécanismes ou critères doivent être envisagés pour évaluer la créance à l'encontre de la caution. L'appréciation des accessoires déterminera l'étendue de l'obligation de la caution ; mais pour y parvenir il existe des critères de qualification (1) permettant de cerner leur classification (2).

### **1 - Les critères de détermination des accessoires de la dette cautionnée**

**405. La notion d'accessoire de la dette de la caution.** Les remises de dettes et l'arrêt du cours des intérêts peuvent réduire la dette du débiteur. Dans cette hypothèse, le montant retenu contre la caution sera différent de celui du débiteur principal en raison des accessoires qui s'ajoutent à sa dette. D'une façon classique, la théorie des accessoires de l'obligation est le plus souvent

---

<sup>702</sup> La chambre commerciale ralliée par la première chambre civile de la Cour de cassation française récemment, confirme sa position libérale relative au sort des accessoires d'une dette principale garantie par un cautionnement : Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2002, *D.* 2002, p. 3071, note DJOUDI ; Com., 3 avr. 2002, *D.* 2002, AJ, p. 1547, obs. V. AVENA-ROBARDET ; Com., 17 juill. 2001, *D.* 2001, AJ, p. 2514 ; Com., 4 avr. 2003, *D.* 2003, AJ, p. 689.

<sup>703</sup> Ph. SIMLER, « Le cautionnement d'une dette s'étend de plein droit aux accessoires de celle-ci », *RJDA* 1999, p. 831 et s.

élaborée en vue de leur transmission dans le patrimoine des titulaires successifs<sup>704</sup> ; autrement dit, d'un point de vue actif du rapport d'obligation. Pour sa part, l'article 8 AUS saisit les accessoires sur le plan de leur vocation à intégrer, par incorporation, la prestation due par celui qui garantit le paiement, soit d'un point de vue passif, une dette. Il s'agirait d'un changement d'optique et d'un infléchissement des critères de la notion d'accessoire.

**406.** En conséquence, les risques de surévaluation de la dette de la caution sont de divers ordres surtout lorsqu'elle est victime des manœuvres de la part de ses partenaires. La détermination de la nature d'un accessoire et son intégration à la dette de la caution doivent dépendre à la fois de l'identité de source formelle de l'élément considéré et de la dette cautionnée, soit un lien de causalité, ainsi que de sa prévisibilité<sup>705</sup>.

**407. Le lien de causalité : un critère objectif de détermination de l'accessoire de la dette.** La combinaison de l'article 8 qui autorise la possibilité d'extension de la dette de la caution avec l'article 9 AUS qui fait référence expressément à « la garantie des dettes contractuelles directes » laisse supposer la nécessité d'un lien de causalité adéquate et directe entre l'élément considéré comme accessoire et l'obligation cautionnée. Il est admis depuis Pothier qu'une caution engagée sans restriction ne peut être tenue des obligations nées d'une cause étrangère au rapport de base<sup>706</sup>. Cette solution doit s'appliquer au cautionnement de tous engagements du débiteur retenu par le droit uniforme. A partir de cette hypothèse de base, les accessoires, alors dérivés de ce contrat, sont caractérisés par la prise en compte de la source génératrice des sommes mises à la charge du débiteur principal permettant d'exclure formellement les dettes qui résulteraient d'un autre contrat entre les mêmes créancier et débiteur<sup>707</sup>. Il en va ainsi pour un délit commis, dans le cadre des procédures collectives, à l'occasion du contrat principal car la nature délictuelle de la dette est un obstacle sans faille<sup>708</sup>.

**408. La prévisibilité : un critère subjectif de la détermination de l'accessoire de la dette.** En précisant à l'article 9 AUS que le cautionnement doit être conclu pour une somme maximale

---

<sup>704</sup> M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », *Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 et s.

<sup>705</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 105, p. 115.

<sup>706</sup> R. POTHIER, *op. cit.*, n° 405 ; mais également, G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *op. cit.*, n° 1005 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 287.

<sup>707</sup> Dans ce sens, un gérant d'une SARL qui s'est porté caution « des obligations contractées ou que pouvait contracter » cette société envers une banque, ne peut se voir opposer le cautionnement consenti par cette banque à un établissement financier pour le remboursement d'un prêt souscrit par la société auprès de l'établissement financier : Cass. com., 6 fév. 1990, *Bull. Joly*, 1<sup>er</sup> avr. 1990, n° 4, p. 348, note critique J. L. GOUTAL. Le juge s'est fondé sur l'article 1165 du Code civil pour refuser l'extension de ce contrat au gérant caution de la SARL.

<sup>708</sup> Lyon, 3 déc. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm. p. 113 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 287.

librement déterminée entre les parties, incluant le principal et les accessoires, le législateur n'offre aucune piste pour déterminer la limite de la volonté des parties. Mais le souci de protection de la caution contre les mauvaises surprises en cas de défaillance du débiteur principal peut conduire à relever la variété des éléments pouvant composer le cortège des accessoires. L'application du principe de l'interprétation stricte du cautionnement et l'exigence subjective de la prévisibilité des éléments pouvant constituer les accessoires permettent de limiter la volonté des parties pour la couverture de tous engagements du débiteur par la caution.

**409.** A cet égard, la condition de prévisibilité peut être nécessaire, raisonnable et protectrice de la caution. Elle peut être nécessaire, d'abord, dans la mesure où la seule exigence d'un lien de causalité, cet « *imbroglio juridique* », rend la notion d'accessoire susceptible d'être assimilée à toutes les suites pécuniaires que la dette cautionnée aura eu pour action de faire exister. Cette notion d'accessoire peut permettre, en fait, d'alourdir le cautionnement de sommes considérables jusqu'à doubler ou tripler le principal de la dette sur la base duquel la caution avait pu évaluer son risque<sup>709</sup>. Cette condition de prévisibilité est raisonnable, ensuite, d'autant plus que la prévisibilité dissipe, dans une certaine mesure, la suspicion que peut générer l'improbable maîtrise de la caution du nombre et de l'importance de ces sommes. L'amplification de celles-ci peut dépendre du bon vouloir des parties au contrat principal. Ce cas de figure s'est présenté dans un litige récent. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lomé, le 17 décembre 2003, la Société CIMTOGO SA, alors caution, expose, au soutien de son action, que l'UTB (Union Togolaise des Banques) s'est montrée très laxiste en laissant ses débiteurs accepter, à trois reprises, restructurer les différents prêts en accordant de nouveaux prêts pour solder les anciens et en mettant sur pied de nouveaux échéanciers sans associer la caution à ses opérations, mais en la poursuivant pour « *les suites pécuniaires de ces diverses opérations* »<sup>710</sup>.

**410.** Les suites pécuniaires ou les accessoires envisagées comme les conséquences directes de la dette garantie doivent comprendre toutes les suites prévisibles, normales, du moins possibles<sup>711</sup>. A ce titre, pour consentir les remises de délais de paiement dans le cadre des procédures collectives, le débiteur et le créancier doivent associer la caution. En pratique, le critère de prévisibilité ne peut être retrouvé à l'état pur et doit relever du pouvoir d'appréciation du juge du fond. Mais dès lors que le critère de causalité directe existe, celui de prévisibilité peut être présumé, à moins qu'il ne soit contredit par les termes de la mention manuscrite. Dans ce sens, le

---

<sup>709</sup> M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 161, p. 142.

<sup>710</sup> CA Lomé, 17 déc. 2003, n° 245/2003, préc.

<sup>711</sup> Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 278 ; D. GRIMAUD, *th. préc.*, n° 106, p. 116.

juge de l'OHADA peut s'inspirer opportunément de son homologue français. Ce dernier a jugé que les cautions qui acceptent les conséquences de l'exigibilité anticipée d'un prêt et fixent la limite de leur engagement au total des sommes dues par les emprunteurs, entendent garantir le principal et les intérêts et qu'il n'est pas possible de les condamner au paiement de l'indemnité de résiliation<sup>712</sup>. La difficulté consistera à identifier les accessoires ou les suites pécuniaires directes de la dette réclamée à la caution dans le cadre des procédures collectives.

## 2 - L'identification des accessoires de la dette de la caution

**411.** A travers les critères de classification retenus, les accessoires intégrés au cautionnement général de tous engagements du débiteur présentent un trait commun. D'après M. Goubeaux, tous constituent des *accessoires par production*<sup>713</sup>. Deux types d'accessoires peuvent venir grever l'étendue du cautionnement lorsque le débiteur est défaillant, à savoir, les intérêts et les accessoires par incident.

**412. Les intérêts de la valeur de la dette couverte.** La dette de la caution peut évoluer par l'écoulement du temps et surtout en cas de report d'échéance et de la poursuite du cours des intérêts à l'encontre de la caution dans le cadre des procédures collectives. Ainsi, la relation de capital à revenu étant présentée comme une hypothèse particulière de relation de principal à accessoire<sup>714</sup>, la nécessité de les incorporer au cautionnement général n'a jamais été discutée<sup>715</sup>. Par ailleurs, lorsque la taxe sur la valeur ajoutée est mentionnée dans l'acte constitutif du contrat de cautionnement, les accroissements en intérêts de la dette cautionnée épuisent cette catégorie<sup>716</sup>. De plus, la caution engagée sans restriction est obligée de couvrir les intérêts légaux et conventionnels de la dette garantie. Il s'agit des intérêts auxquels elle est tenue pour le même temps que le débiteur, quel que soit le moment où ils sont réclamés, même dans le cadre des procédures collectives<sup>717</sup>. Cependant, il existe une diversité d'accessoires qu'il faut appréhender, en procédant, si possible, à l'élimination de certains accessoires dans l'intérêt de la caution afin

<sup>712</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 1990, *Banque* 1990, p. 787, obs. J. L. RIVES-LANGE ; *D.* 1990, somm. p. 382, obs. L. AYNES.

<sup>713</sup> G. GOUBEAUX (*La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse préc.) qui oppose les accessoires de production aux accessoires d'affectation.

<sup>714</sup> L'article 546 du Code civil dispose que « *la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement* » ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, 18<sup>e</sup> éd., PUF, 1998, n<sup>o</sup> 60 et n<sup>o</sup> 63 ; Ch. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 1999, n<sup>o</sup> 61.

<sup>715</sup> Ph. SIMLER, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 279 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 47.

<sup>716</sup> Cass. com., 19 déc. 1989, *Gaz. Pal.* 1990, pan. ; Com., 10 févr. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, pan. p. 195 ; Com., 11 mai 1993, *Quot. Jur.*, 7 sept. 1993, n<sup>o</sup> 71, p. 2.

<sup>717</sup> Cass. com., 4 fév. 1992, *Bull. civ.* IV, n<sup>o</sup> 61.

d'alléger sa contribution à la dette. Cette élimination devra concerner les accessoires produits par incident et les indemnités d'occupation des locaux d'exploitation sans droit, ni titre.

**413. Les accessoires produits « par incident ».** Cette catégorie d'accessoires peut regrouper les diverses dettes qualifiées d'accessoires, non parce qu'elles sont sorties de la créance garantie, mais parce qu'elles tendent à assurer la prévention, la compensation ou la sanction du préjudice causé par l'inexécution tardive ou défectueuse du fait de la cessation des paiements du débiteur. En ajoutant les frais de recouvrement de la créance à la dette de la caution aux accessoires, l'article 8 AUS les assimile aux frais de justice. Ce texte porte en germe l'idée que la caution doit répondre du coût de la résistance injustifiée mais surtout de la mauvaise foi ou de l'insolvabilité du débiteur principal<sup>718</sup> ou, encore, de sa cessation des paiements. Dans cette hypothèse, lorsque le passif est exigé et le créancier assigne le débiteur aux fins de prononcer à son encontre l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, c'est bien la caution qui supportera l'addition. Il est à craindre que cette liste ne s'allonge pour embrasser les indemnités dues par le débiteur en cas de défaut de paiement, de retard dans l'exécution ou, encore, de résiliation anticipée d'un contrat. Dès lors que la condition de lien direct avec les dettes contractuelles est remplie, le principe de l'accessoire impose de déterminer l'étendue de l'obligation générale d'après celle de la dette couverte. En raison de leur lien avec l'inexécution du contrat de base, les dommages-intérêts mis à la charge du débiteur sont bien des accessoires que la caution doit par principe<sup>719</sup>.

**414.** Cependant, une difficulté pratique particulière peut résulter de l'extension de cette solution théorique aux pénalités fixées dans le contrat principal. En effet, la clause pénale est envisagée comme la fixation anticipée et forfaitaire des dommages et intérêts qui cumule les buts de prévention et de sanction de l'inexécution<sup>720</sup>. En réalité, la qualification d'accessoire s'érousse sur le caractère comminatoire que traduit la lourdeur des sommes mises à la charge du débiteur défaillant<sup>721</sup>. Il est admis, sauf délimitation faite par la volonté des parties<sup>722</sup>, que les pénalités

<sup>718</sup> M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 162 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 281.

<sup>719</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 fév. 1977, *JCP G* 1979, II, 19095, note A. JACQUEMONT : « Mais attendu qu'il appartenait à la Cour d'appel de déterminer dans l'exercice de son pouvoir souverain l'étendue de l'engagement de la caution et que c'est sans se contredire qu'elle a considéré que l'obligation de payer l'intégralité des loyers comportait celle de payer l'indemnité de résiliation (...) » ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 282. La caution peut solliciter la limitation des dommages-intérêts à la réparation des dommages prévisibles : Civ.1<sup>re</sup>, 6 déc. 1983, *JCP G* 1984, IV, 53.

<sup>720</sup> Pour la notion de clause pénale, voir, D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préface F. CHABAS, LGDJ, 1992, n° 705, p. 396. L'auteur définit la clause pénale comme étant « un contrat unilatéral et accessoire créé pour garantir, par la menace d'une sanction, l'exécution d'une obligation principale et qui, en cas d'inexécution illicite imputable au débiteur, confère au créancier le pouvoir d'exiger l'exécution d'une peine privée ».

<sup>721</sup> Des arrêts ont tendance à faire échapper la caution au paiement des pénalités ; sur cette question, Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 283.

font partie des accessoires que doit garantir la caution<sup>723</sup> mais avec la possibilité pour le débiteur de demander leur réduction pour excès manifeste, en application de l'article 1152 du Code civil<sup>724</sup>. Il en va ainsi pour les indemnités éventuellement dues par le débiteur garanti en cas de résiliation<sup>725</sup> ou d'annulation du contrat principal<sup>726</sup>.

**415. L'impossibilité de rattacher les indemnités d'occupation « sans droit, ni titre » à la dette de la caution.** L'ouverture de la procédure collective n'entraîne pas de plein droit la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité professionnelle du débiteur. Seulement l'article 97, al. 4, de l'AUPC autorise le bailleur à demander la résiliation du bail pour des causes nées, soit antérieurement à la décision d'ouverture, soit postérieurement à celle-ci. Dans cette hypothèse, le débiteur doit quitter les lieux. En pratique, le débiteur défaillant peut se maintenir dans les locaux après résiliation. La caution est-elle tenue de supporter les indemnités d'occupation postérieure à la résiliation du bail ? Par application des principes dégagés, la caution supporte les dommages et intérêts consécutifs à la rupture du bail ainsi que les réparations locatives. Mais le point le plus controversé consiste à savoir si la caution doit également garantir les indemnités d'occupation dues par le locataire qui est resté dans les lieux. L'Acte uniforme relatif au droit commercial général qui régit le bail n'a pas clairement consacré une disposition au sort de la caution sur ce point. L'article 83 AUDCG, précise qu' « à l'expiration du bail, le preneur, qui pour une cause autre que celle prévue à l'article 94 ci-après, se maintient dans les lieux contre la volonté du bailleur doit verser une indemnité d'occupation égale au montant du loyer fixé pendant la durée du bail, sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts ».

**416.** Certaines décisions rendues en la matière font référence à la sanction de ce comportement. Une décision du tribunal de Kaolack du 25 juillet 2000 avait condamné le preneur d'un immeuble à payer une indemnité d'occupation dès lors qu'il est resté dans les lieux trois mois après la résiliation du bail avant de le quitter<sup>727</sup>. Mais c'est une autre décision du tribunal de Dakar qui a été plus claire. D'après le juge, ne sont considérées comme des indemnités d'occupation que les

---

<sup>722</sup> Article 9 AUS.

<sup>723</sup> Cass. com., 3 janv. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 1; Civ. 1<sup>re</sup>, 18 fév. 1976, *Bull. civ. I*, n° 26; Com., 15 juill. 1986, *D.* 1987, somm. p. 449, obs. L. AYNES. Cet auteur admet que l'indemnité de résiliation convenue dans un contrat de crédit-bail est accessoire de la dette au sens de l'article 2016 du Code civil.

<sup>724</sup> Aux termes de l'article 1152 du Code civil, « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre »; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 juill. 1978, *Bull. civ. I*, n° 280; Com., 3 fév. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 44.

<sup>725</sup> Une solution implicitement relevée, en cas d'indemnité de résiliation anticipée d'un prêt, Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 1990, *Bull. civ. I*, n° 73, préc.

<sup>726</sup> Ph. SIMLER, préc., n° 285; Ch. MOULY, thèse préc., n° 227.

<sup>727</sup> TRHC Kaolack (Sénégal), 25 juill. 2000, *ohada.com/ohadata*, J-03, 219.

sommes perçues à partir du moment où l'occupation sans droit ni titre est constatée en justice<sup>728</sup>. L'aspect le plus intéressant de cette dernière décision réside dans l'expression « *occupation sans droit ni titre* », démontrant que ce sont ces éléments qui peuvent permettre de rattacher ou non ce type d'accessoire à l'engagement que la caution a accepté de cautionner en vertu d'un droit ou d'un titre faisant foi. Mais les parties sont-elles libres d'étendre cette faculté à l'engagement de la caution ? Dans un arrêt du 30 mars 2006, la CCJA a pu décider que les règles en la matière sont d'ordre public et il ne peut y être dérogé par la convention des parties. Ainsi il ne saurait être déduit, selon la CCJA, d'un comportement quelconque du bailleur, notamment l'encaissement du loyer, la volonté de reconduire tacitement ou implicitement le contrat de bail litigieux en violation desdites dispositions d'ordre public. Par conséquent, la clause insérée au contrat de bail liant les parties et dont l'une invoque la violation ne saurait prévaloir sur les dispositions d'ordre public<sup>729</sup>.

417. Il s'ensuit que la caution ne peut payer l'indemnité d'occupation comme accessoire de la dette lorsque la résiliation du bail est constatée par le juge dans le cadre des procédures collectives<sup>730</sup>. Elle doit être déchargée dans l'hypothèse où le preneur cautionné se maintient dans les lieux après avoir reçu congé<sup>731</sup>. Cette solution est contraire à celle que Mouly a soutenue. Pour lui, la nature « *para-contractuelle* » de l'indemnité compensant le préjudice qui

---

<sup>728</sup> TRHC Dakar (Sénégal), 30 janv. 2001, n° 195, [www.ohada.com/ohadata](http://www.ohada.com/ohadata), J-05, 55.

<sup>729</sup> CCJA, 30 mars 2006, Aff. Société Ponty SARL/ Société Ponty Immobilière SA, *Le juris-OHADA*, n° 3/2006, p. 16.

<sup>730</sup> En droit français, la jurisprudence s'est montrée hésitante au départ : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 juin 1992, *Gaz. Pal.* 1992, pan. p. 291.

<sup>731</sup> Pour l'exclusion de l'indemnité d'occupation de la garantie, en se fondant sur son origine délictuelle, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 14 nov. 1973, *Bull. civ. III*, n° 579 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors, d'une part, que l'indemnité d'occupation ne peut être considérée comme un accessoire de la dette, au sens de l'article 2016 du Code civil, et d'autre part, cette indemnité, n'étant due qu'en raison de la faute quasi-délictuelle commise par celui qui se maintient sans droit dans les lieux, ne se rattache pas au contrat de bail qui avait pris fin avec la résiliation qui avait été prononcée, la Cour d'appel n'a pas respecté les textes susvisés* »; *JCP N* 1974, 5839, p. 331, obs. D. BOCCARA ; *RTD civ.* 1974, p. 633, obs. G. CORNU ; Civ. 3<sup>e</sup>, 26 nov. 1974, *Bull. civ. III*, n° 440 ; comp. Com., 3 avr. 1990, *Bull. civ. IV*, n° 106; *RTD civ.* 1990, p. 528, obs. M. BANDRAC. Cet auteur admet que le cautionnement donné pour toutes les charges et conditions d'une location-gérance ne garantit pas l'indemnité d'occupation due par le locataire gérant non à raison du contrat, mais à raison de sa faute, consistant dans son maintien sans droit dans les lieux après résiliation. Par contre, une doctrine alignée sur certaines solutions de juridictions du fond, retient la nature contractuelle de l'indemnité d'occupation, sanction directe de l'obligation de quitter les lieux qui pèse sur le locataire après l'expiration du bail : Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 284. Paris, 8 nov. 1975, *JCP G* 1978, II, 18908, note Ph. SIMLER : en l'espèce, les premiers juges ayant déduit des termes d'une convention que, dans la commune intention des parties, l'engagement d'une caution d'exécuter le bail « *comme le preneur lui-même est tenu de le faire* » s'étendait à l'obligation de restitution de la chose louée dans le cas de résiliation de la convention locative, et ayant constaté que la portée de cet engagement s'expliquait fort bien par la stipulation accordant à la caution dans le cas de résiliation amiable ou judiciaire la possibilité de devenir titulaire du bail sur la seule justification du paiement du loyer, la cour d'appel a décidé que les premiers juges ont à bon droit condamné la caution à verser à la bailleuse le montant des loyers non payés et de l'indemnité d'occupation due par le locataire défaillant pour la période qui s'étend entre la date de la résiliation du bail et la date où il a libéré les locaux. Paris, 11 oct. 1989, *D.* 1990, somm. p. 310, obs. Ph. BIHR, incluant l'indemnité d'occupation dans la garantie, estimant qu'elle sanctionne la violation de l'obligation contractuelle de restituer les lieux loués.

résulte de l'annulation devait conduire à affirmer son incorporation à l'engagement de la caution<sup>732</sup>. Or, la référence à une responsabilité « para-contractuelle » ne semble pas suffire à dissiper le sentiment d'incohérence que suscite l'intégration à l'étendue du montant garanti par la caution, d'une dette de dommages-intérêts, sous le couvert des accessoires d'une obligation réputée, par ailleurs, ne plus être en mesure de produire ses effets<sup>733</sup>. Le juge de l'espace OHADA peut s'inspirer de la jurisprudence française qui semble désormais fixée et se prononce en faveur de la caution<sup>734</sup>. La nature indemnitaire de l'indemnité d'occupation postérieure à la résiliation du bail exclut qu'elle se rattache à l'exécution du cautionnement. Il en va également ainsi des risques indirectes et imprévisibles.

## **B - L'exclusion des risques indirects et imprévisibles du « cautionnement de tous engagements »**

**418. La garantie des dettes directes et non des risques indirects.** La dette de la caution peut évoluer pour englober les intérêts arrêtés contre la masse des créanciers et les risques liés à l'inexécution des engagements concordataires. En principe, le cautionnement général ne peut garantir que les dettes contractuelles directes et non les risques indirects, même inhérents à l'ouverture d'une procédure collective<sup>735</sup>. La garantie des « risques indirects » est une formule souvent usitée, commode pour le créancier et dangereuse pour la caution. La garantie des risques indirects est elle-même obscure. Cependant les stipulations contractuelles peuvent la développer pour intégrer dans la sûreté des créances que le créancier bénéficiaire du cautionnement viendrait à détenir sur le débiteur principal non pas en conséquence de relations d'affaires normales mais par le fait d'une situation imprévisible, par le soutien financier d'une situation économique ou financière difficile ou d'une opération non viable ignorée de la caution. Plusieurs situations peuvent se présenter.

**419. L'hypothèse d'un associé caution solidaire en cas d'apport partiel d'actif.** L'engagement d'un associé qui s'est porté caution solidaire de tous engagements du débiteur en

---

<sup>732</sup> Ch. MOULY, thèse préc., n° 227.

<sup>733</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 110, p. 120.

<sup>734</sup> S'agissant d'indemnité d'occupation, la caution (cédant d'un bail commercial) n'est pas tenue des indemnités d'occupation postérieures à la résiliation du bail, leur nature indemnitaire excluant qu'elles se rattachent à l'exécution du contrat : Paris, 28 nov. 1991, *D.* 1992, somm. 361, obs. ROZES ; Civ. 3<sup>e</sup>, 4 mars 1998, *Bull. civ.* III, n° 50 ; *Defrénois* 1998, 1460, obs. A. BENABENT. Sur le paiement de loyer reconduit, la caution n'est pas tenue en cas de tacite reconduction du bail en l'absence de mention à l'acte précisant l'extension du cautionnement dans une telle éventualité : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 2000, *Bull. civ.* I, n° 234 ; *D.* 2000, IR, 265.

<sup>735</sup> Aux termes de l'article 9 AUS, sauf clause contraire exprès, le cautionnement général des dettes du débiteur ne s'entend que de la garantie des dettes contractuelles directes.

garantie du remboursement des sommes dues par la société peut subsister au cas où la société fait l'objet d'un apport partiel d'actif. La banque qui devient de plein droit créancière de la société bénéficiaire, à défaut d'accord exprès donné par la caution, ne peut prétendre que l'engagement de celle-ci peut être étendu aux avances et crédits consentis par elle à la société dans le cadre du fonctionnement des comptes dont elle est devenue titulaire postérieurement à la date de réalisation de l'apport partiel d'actif<sup>736</sup>.

**420. Les dommages-intérêts contractuels compensatoires.** L'article 107 AUPC énonce qu'hormis pour les contrats conclus en considération de la personne du débiteur et ceux prévus par la loi de chaque Etat-partie au Traité OHADA, la cessation des paiements du débiteur n'est pas une cause de résolution du contrat. Les engagements initialement cautionnés, tel un contrat de livraison ou tous engagements du débiteur peuvent être inexécutés et conduire au paiement des dommages et intérêts compensatoires. La possibilité d'extension de la dette de la caution aux accessoires et frais de recouvrement intéresse dans une large mesure les dommages et intérêts qui peuvent peser sur le débiteur principal. Cependant la faculté d'incorporation de ce type d'accessoires à la dette de la caution reste discutable. En réalité, à moins de reconnaître au créancier la possibilité d'obtenir, par l'exécution d'un engagement unique, deux paiements cumulés satisfaisants de sa créance, des distinctions méritent d'être faites. Il existe des dommages et intérêts compensatoires et des dommages et intérêts moratoires.

**421.** Les dommages et intérêts compensatoires ont pour fonction en principe d'assurer une exécution forcée de l'obligation<sup>737</sup>. Or, que le cautionnement soit général ou déterminé, il garantit au créancier la satisfaction de la dette en cas de défaillance du débiteur. Le règlement par la caution de la dette du débiteur défaillant étant réputé satisfaisant, l'impossibilité d'incorporer les dommages et intérêts compensatoires aux sommes dues par cette dernière paraît inéluctable car procurant l'exécution par équivalent de la dette garantie et ne pouvant être intégrés aux accessoires<sup>738</sup>. Par souci de cohérence, il importe de retrancher les dommages et intérêts compensatoires du domaine de la règle formulée par l'article 8 AUS. Cette solution se justifie d'autant plus que l'exécution du cautionnement ne peut permettre d'assurer à la fois la satisfaction du créancier et une seconde exécution sous forme de dommages et intérêts dont

<sup>736</sup> Paris, 3<sup>e</sup> ch. B, 24 sept. 1992, *Bull. Joly*, 1<sup>er</sup> déc. 1992, n° 12, p. 1283, obs. Ph. DELEBECQUE.

<sup>737</sup> Pour les controverses récentes sur le concept de responsabilité contractuelle, E. SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1999, p. 1 et s. ; Ph. REMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 ; du même auteur, « Critique du système français de la responsabilité civile », *Droit et cultures*, 1996-1, p. 31 et s. ; D. TALLON, « Pour une autre présentation de l'inexécution », *RTD civ.* 1994, p. 223 et s. ; du même auteur, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Mélanges G. CORNU*, 1995, p. 429.

<sup>738</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 112, p. 121.

l'évaluation inclurait, outre l'équivalent pécuniaire de l'obligation garantie, soit une obligation d'exécuter le concordat de redressement, soit la réparation du préjudice consécutif à l'inexécution. Il s'ensuit qu'en remplissant ces deux fonctions cumulativement, le cautionnement se traduirait par une double exécution, d'où il y aurait un enrichissement sans cause de la part du créancier. Il est alors plus exact de dire dans cette hypothèse qu'une personne qui s'engage sans restriction doit garantir l'exécution par équivalent de la dette cautionnée, auquel cas, la créance de dommages et intérêts n'est pas accessoire mais le principal couvert par la caution. Par contre, dans l'hypothèse où la créance garantie est une obligation de somme d'argent il ne peut être question de dommages et intérêts compensatoires<sup>739</sup>. Dans ce cas, il s'agit des dommages et intérêts moratoires encourus par le débiteur susceptibles d'être intégrés aux accessoires de la dette.

**422. L'hypothèse de la clause pénale.** En raison des difficultés le débiteur peut ne pas fournir la prestation promise. Or, le contrat continué assorti d'un cautionnement peut contenir une clause d'exception d'inexécution ou une clause pénale, conformément à l'article 108 AUPC. Le syndic peut décider de renoncer à la continuation d'un contrat pour deux raisons : soit que le contrat n'est pas nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise, soit que le débiteur ne dispose pas de fonds nécessaires pour en garantir l'exécution. De même le syndic peut renoncer spontanément ou sur mise en demeure à la continuation du contrat. Cette renonciation ouvre droit à l'allocation des dommages-intérêts au profit du cocontractant. Des dommages et intérêts peuvent également être alloués dans l'hypothèse où le syndic décide de mettre fin à la continuation d'un contrat à exécution successive ou au paiements échelonnés dans le temps lorsqu'il ne dispose pas de fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant. Dans les deux cas, l'inexécution du contrat cautionné ne fait pas obstacle au jeu de la clause pénale stipulée dans le contrat<sup>740</sup>. Or, il s'agit d'une dette antérieure qui ne peut bénéficier du paiement préférentiel reconnu pour les créances nées après le jugement d'ouverture de la procédure collective et qui doit être déclarée au passif de la procédure..

**423.** Sous l'impulsion de la doctrine, la jurisprudence française a admis que la clause pénale peut faire partie des accessoires à la charge de la caution engagée sans restriction<sup>741</sup>. Il existe encore dans ce cas de figure la possibilité d'une double exécution. Par définition la pénalité se substitue

---

<sup>739</sup> G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.* 1982, p. 534 et s. et surtout, p. 535.

<sup>740</sup> Cass. com., 10 déc. 1991, *JCP E* 1992, I, 138, n° 14, obs. Ph. PETEL.

<sup>741</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 604.

à l'évaluation judiciaire des dommages et intérêts<sup>742</sup>. En faisant abstraction de sa fonction comminatoire, le forfait liquidatif que la clause pénale constitue, remplit, à l'image des dommages et intérêts, une fonction d'exécution par équivalent et son montant peut largement dépasser le capital de la dette principale.

**424.** Il résulte de ce qui précède que l'exécution fournie par la caution ne saurait permettre à la fois la satisfaction de la créance et le paiement des pénalités à moins que ces pénalités aient été stipulées pour le simple retard. Par souci de cohérence les pénalités doivent être exclues des accessoires. De la même façon que le créancier ne saurait obtenir l'exécution de la prestation promise par le débiteur et en même temps son contraire en l'occurrence les dommages et intérêts pour inexécution sous forme d'une pénalité<sup>743</sup>, de la même façon, la possibilité de cumuler cette double prétention à l'égard de la caution est improbable. De surcroît les pénalités sont contraires au principe selon lequel la dette de la caution ne peut être plus onéreuse que la dette du débiteur principal. Les hypothèses relevées, loin d'être achevées, sont inhérentes à la rédaction des actes de cautionnement et liées à des situations de fait soumises à l'appréciation des juridictions qui devront rechercher, à chaque fois, le sens et la catégorie de rattachement des éléments en cause.

**425. Le recours au juge pour évaluer et interpréter « le cautionnement de tous engagements ».** En réalité lorsque les termes du contrat de cautionnement sont ambigus, son esprit permet l'extension, étant entendu que l'Acte uniforme autorise le cautionnement de tous engagements sous toute autre forme et en dehors des formes expressément énumérées, englobant les accessoires et les frais de recouvrement. Comment reconnaître l'étendue du cautionnement de tous engagements ? L'article 1159 du Code civil, en énonçant que « *ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans les pays où le contrat est passé* », fait expressément référence au contrat comportant des termes d'ambiguïté ainsi lorsqu'une volonté a été exprimée mais obscure, il s'agit de l'élucider, de la préciser<sup>744</sup>. L'interprétation est un office particulier du juge<sup>745</sup>. En interprétant le contrat de cautionnement de tous engagements du débiteur le juge rend une *jurisdictio*<sup>746</sup> qui peut être ordinaire quand elle porte sur la loi, norme

---

<sup>742</sup> D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, thèse préc., n° 705, p. 396.

<sup>743</sup> L'expression usitée par TERRE, SIMLER et LEQUETTE, préc.

<sup>744</sup> Sur le renouveau de la notion d'interprétation, V. EGEA, « L'interprétation des contrats : Regards sur l'actualité des articles 1156 et suivants du Code civil », *Juirscope* et « La délicate question de l'interprétation des contrats », note sous, Aix-en-Provence, 26 juin 2002, *JCP G* 2004, II, 10022, p. 290.

<sup>745</sup> Par rapport à l'idée d'offices (au pluriel) du juge, voir M-A. FRISON-ROCHE, « Les offices du juge », *Mélanges. J. FOYER*, Paris, PUF, 1997, p. 463.

<sup>746</sup> Sur les deux pouvoirs du juge : *jurisdictio* et *imperium*, voir, J-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1985, n° 292

générale<sup>747</sup> mais cette *jurisdictio* peut porter aussi sur une norme individuelle, issue de la volonté des parties mal exprimée dans le contrat de cautionnement. C'est sur ce point que l'office du juge national ou de la CCJA en matière d'interprétation du cautionnement de tous engagements du débiteur principal est particulier et dépasse une mission étreinte. Toute une série de directives d'interprétation prévues aux articles 1156 et suivants du Code civil permet d'aider le juge dans cette tâche<sup>748</sup>. Seulement la jurisprudence française a profondément façonné la matière en faisant émerger de véritables « principes » d'interprétation qui placent au fronton de la mission du juge la recherche de la commune intention des parties, le transformant en véritable « *gardien naturel de la foi contractuelle* »<sup>749</sup>. Pour procéder à une interprétation ceux-ci doivent préalablement en caractériser la nécessité issue d'une obscurité, d'une ambiguïté, d'une contradiction ou d'une mauvaise rédaction<sup>750</sup>. Cependant l'appréciation par la CCJA de cette nécessité peut poser des difficultés si ce n'est en s'arrogeant un droit de regard sur des éléments éminemment factuels<sup>751</sup>.

**426.** Mouly a relaté l'expérience désagréable des agriculteurs<sup>752</sup>. En effet, alors qu'ils avaient cautionné un commerçant en pailles et fourrages, ils ont dû payer à la banque de ce dernier les

---

<sup>747</sup> C'est une interprétation des plus classiques, prévue à l'article 4 du Code civil qui dispose que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

<sup>748</sup> Pour une analyse de ces textes, J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 et suivants du Code civil », *Etudes FLOUR*, Defrénois, Paris, 1979, p.179 et s. ; également, avec une analyse jurisprudentielle : M.-H. MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats, Etude jurisprudentielle*, Publication de l'université de Rouen, 1991, n° 164.

<sup>749</sup> J. DUPICHOT, art. préc., p. 179 et s., n° 8 ; la Cour de cassation française a ainsi affirmé que la recherche de la commune intention était primordiale, en décidant que « *l'interprétation des contrats doit se faire par référence à la commune intention des parties* » : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 janvier 1970, *Bull. civ. I*, n° 24. GHESTIN, JAMIN, BILLIAU, *op. cit.*, n° 37, et notamment les arrêts cités. TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *op. cit.*, n° 425. Le constat semble le même en matière d'interprétation arbitrale ; M.-H. MALEVILLE, « L'interprétation des contrats, dix ans après », *Mélanges B. MERCADAL*, p. 189, n° 13.

<sup>750</sup> Dans un autre arrêt la Cour cassation française approuve les juges du fond d'avoir interprété les clauses d'un contrat de bail conformément aux dispositions d'ordre public du décret du 30 sept. 1953, la cour ayant relevé que ces clauses étaient « mal rédigées » : Civ. 3<sup>e</sup>, 13 mars 2002, n° 99-14, 152, Société civile immobilière BE / société les vergers des balans. Pour une appréciation de cette nécessité par les juges du fond, voir, par exemple, Aix-en-Provence, 26 juin 2002, *JCP G* 2004, II, note V. EGEA qui interprète l'avenant à un contrat de bail commercial après avoir relevé que la clause litigieuse était « *ambiguë* ».

<sup>751</sup> Certains arrêts sont révélateurs de l'impossibilité de s'abstraire des faits, dans ce type d'affaire. La Cour de cassation a approuvé une Cour d'Appel d'avoir relevé que la lettre litigieuse contenait l'engagement ferme d'une société mère de faire le nécessaire pour que la filiale dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face à ses engagements au titre des crédits de trésorerie et de découvrir envers la banque, ce dont elle a déduit que la première s'obligeait à l'obtention d'un résultat, la Cour d'appel, qui ne s'est pas fondée sur l'existence d'une autorisation du conseil d'administration, a pu décider que le souscripteur de la lettre avait garanti au créancier le remboursement de la dette en cas de défaillance de l'emprunteur : Cass. com., 26 février 2002, n° 99610.729, SA Sofiber / Banque populaire de bourgogne, *Juris-Data* n° 2002-013246.

<sup>752</sup> Ch. MOULY, « Abus de caution », art. préc., p. 15 : il fait observer que les pratiques bancaires destinées à éviter que la résiliation du cautionnement d'un compte courant ne soit profitable à la caution sont également constitutives d'abus, en s'appuyant sur la jurisprudence qui a décidé, après bien de tâtonnements, que le fonctionnement du compte postérieurement à la résiliation du cautionnement était susceptible d'éteindre petit à petit la dette due par la caution ; en effet, toutes les remises effectuées par le débiteur principal sont considérées comme autant de paiements

dettes accumulées dans l'exercice d'une nouvelle activité, bien qu'il ait apuré le compte courant relatif au commerce des pailles et fourrages<sup>753</sup>. De même, une caution ne saurait être tenue de régler le solde d'un prêt participatif accordé à une société mise ultérieurement en redressement judiciaire dès lors que le cautionnement avait été conféré antérieurement pour sûreté de tous les engagements de la société et non spécialement pour la garantie du prêt participatif<sup>754</sup>. L'Acte uniforme tranche à sa manière<sup>755</sup> en faveur de la caution en exigeant la garantie limitée aux « *dettes contractuelles directes* »<sup>756</sup>. La caution ne sera donc pas tenue des dettes du débiteur en cas d'une reconversion après des mesures de redressement sauf accord de la caution. La dette de la caution de tous engagements du débiteur ne peut donc être exagérément augmentée du fait de la procédure collective. Il en sera également ainsi d'un engagement de cautionnement limité à la valeur de réalisation d'un bien donné en garantie.

## **Paragraphe 2 - La limitation de l'engagement de la caution à la valeur d'un bien donné en garantie**

**427. La possibilité de limiter le cautionnement à un bien donné en garantie.** La durée des engagements de cautionnement pour couvrir l'obligation principale pouvant s'étendre sur plusieurs années, la garantie obtenue risque d'être réduite à néant si la caution tombait malade ou si elle décédait ou, encore, lorsque ses revenus viennent à baisser. Pour éviter une telle éventualité une pratique répandue consiste à garantir le cautionnement par une hypothèque ou un gage. Les établissements financiers ayant rarement grande confiance dans la solvabilité des cautions exigent d'elles presque systématiquement la constitution d'une sûreté réelle en garantie de leur engagement personnel. Dans ce cas la caution contre-garantit son engagement par l'affectation d'un bien mobilier ou immobilier envers le créancier. Il en résulte une superposition de deux sûretés chacune soumise à des régimes juridiques souvent délicats à qualifier. Cette combinaison

---

du solde provisoire débiteur au jour de la résiliation ; dans ce sens, Com., 22 nov. 1972, *Bull. civ.* IV, n° 298, p. 279 ; *Gaz. Pal.* 1973, 1, 213, note D. MARTIN.

<sup>753</sup> Cass. com., 8 mars 1971, *D.* 1972, 262, note D. CLAIROUIN-TOUCHARD ; *Banque* 1972, 622, note L. M. MARTIN ; *RTD com.* 1972, 432, obs. M. CABRILLAC et J. L. RIVES-LANGE.

<sup>754</sup> Cass. com., 9 juin 1992, 23 mars 1993 et 31 mai 1994, *BRDA*, 7/1995, p. 11. Le fait que le prêt participatif soit, de par sa nature de prêt constitutif de dernier rang, remboursable seulement après les créanciers privilégiés ou chirographaires ne fait pas obstacle nullement à ce que le remboursement d'un tel prêt soit garanti par un cautionnement. Cependant, il faut, en pareil cas, que celui-ci soit consenti spécialement à cette fin, de telle sorte que l'attention de la caution soit parfaitement appelée sur la nature particulière de l'obligation qu'elle garantit et sur le fait qu'au cas où elle aura été amenée à payer à la place du bénéficiaire du prêt participatif défaillant, elle ne pourra se retourner contre lui pour être remboursée qu'après le remboursement de tous ses autres créanciers. Voir dans ce sens, A. CERLES, *Le cautionnement et la banque*, 2<sup>e</sup> éd., Banque Edition, 2008, p. 42.

<sup>755</sup> B. MARTOR et autres (préc., p. 218, n° 1028) font remarquer que les rédacteurs de l'Acte uniforme se sont montrés plus restrictifs à l'égard de ce type de cautionnement que la Cour de cassation, mais ne citent pas de décisions précises et affirment qu'en pratique, cependant, ces restrictions n'auront pas grande importance, car l'acte de cautionnement sera souvent rédigé de manière à couvrir toutes les dettes du débiteur, quelle qu'en soit la source (contractuelle ou non) et la date de naissance des dettes.

<sup>756</sup> Article 8 AUS.

qui permet au créancier de poursuivre la caution en tant que personnellement tenue lui confère, en même temps, un droit de préférence sur un bien déterminé meuble ou immeuble appartenant à cette caution.

**428.** La difficulté dans l'hypothèse relevée est le fait pour une personne de cautionner la dette d'un tiers et de garantir son engagement par une hypothèque sur un fonds d'une valeur au plus égale au montant du cautionnement et prendre le soin d'insérer la clause de limitation suggérée par l'Acte uniforme, délimitation qui en fait le gage du créancier. Cette combinaison aboutit à un résultat identique à celui d'un cautionnement réel<sup>757</sup>. La confusion est possible et pose le problème non seulement de sa qualification juridique mais aussi de son régime juridique au moment de la mise œuvre de la garantie dans le cadre des procédures collectives. De cette combinaison, il en ressort au moins l'affectation d'un bien en garantie de la dette d'autrui (A). Cette solution limite le droit de gage général du créancier (B).

#### **A - La constitution d'une sûreté réelle en garantie de l'engagement personnel**

**429. L'alliage d'un cautionnement et d'une sûreté réelle.** Faute d'une disposition précise relative à la nature du cautionnement réel, il a été avancé une conception selon laquelle cette garantie serait une pure sûreté pour autrui permettant d'aligner son régime juridique sur celui des sûretés réelles. Les systèmes juridiques africains dérivés du droit français avant le droit uniforme ont admis la possibilité de la constitution d'une sûreté réelle par une tierce personne au profit d'un débiteur principal, notamment l'article 82 de la loi ivoirienne, n° 64-380 du 7 octobre 1964 relative aux donations entre vifs et aux testaments pour hypothèques. Mais le droit uniforme a prévu à l'article 12 AUS que 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 réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté. Comme l'a affirmé M. Bénabent, le juriste est « *un peu maniaque de la qualification* »<sup>758</sup> et ne peut pas être indifférent à la notion de sûreté réelle en garantie d'un engagement de cautionnement. Une telle garantie prévue par l'Acte emprunte aux sûretés réelles et aux sûretés personnelles sa technique juridique et aux seules sûretés personnelles l'absence d'identité du débiteur et du constituant.

**430.** Cependant la notion de sûreté réelle pour autrui souffre de l'absence d'une définition précise. Celle-ci trouve sa source, d'une part, dans l'inexistence d'un texte légal en dessinant les traits et, d'autre part, dans l'indigence et l'imprécision dont peuvent faire preuve les conventions

---

<sup>757</sup> N. DJIMASNA, thèse préc., p. 209, n° 162 et s.

<sup>758</sup> A. BENABENT, « L'hybridation des contrats », *Mélanges JEANTIN*, 1999, p. 28.

constatant un tel mécanisme juridique. Au sens strict, la sûreté réelle consentie par la caution pour la dette d'autrui consiste en la constitution d'un droit réel accessoire, par exemple, un gage ou une hypothèque. Dans ce sens, il a utilement été jugé par le tribunal de Ouagadougou, le 9 mai 2001, que rien à la lecture de l'article 136 AUS n'indique qu'un créancier ne peut prendre d'hypothèque que sur les immeubles de son débiteur. Le créancier peut donc prendre une hypothèque sur tout immeuble dès lors que les propriétaires consentent à donner leur immeuble en garantie de la dette d'un tiers<sup>759</sup>.

**431.** Mais au sens de l'article 12, al. 1<sup>er</sup>, de l'AUS la sûreté réelle est consentie en garantie de l'engagement personnel de la caution. Cette figure était traditionnellement désignée « cautionnement réel ». Cette appellation insiste sur le caractère hybride de l'opération<sup>760</sup> et tient à la nature réelle du droit octroyé et à l'absence d'identité entre le constituant de la sûreté et le débiteur de la créance garantie. En pratique, des opérations plus complexes peuvent mêler la technique propre aux sûretés réelles et personnelles, conduisant à obscurcir la notion habituelle de « cautionnement réel »<sup>761</sup>.

**432.** D'abord, à suivre l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 12 AUS, une même personne peut consentir au profit du même créancier et en garantie de la même dette un engagement personnel de payer la dette du débiteur et affecter l'un de ses biens en garantie de cette dernière. En cas de défaillance du débiteur le créancier peut, au choix ou simultanément, poursuivre le garant sur l'ensemble de son patrimoine en vertu du droit de gage général ou/et sur l'un des biens composant ce patrimoine en vertu d'un droit préférentiel<sup>762</sup>. Cette solution est possible. Mais la garantie est en réalité constituée de deux sûretés de nature différente s'additionnant pour couvrir une dette unique, le créancier souhaitant se protéger contre les différents risques inhérents au droit de gage général qu'il possède contre son débiteur. Un tel double engagement peut être consenti en un seul acte ; mais les termes de cet acte doivent expressément faire ressortir que telle est bien la volonté de la caution<sup>763</sup>.

**433.** Ensuite, une même personne peut au profit du même créancier consentir un engagement personnel de payer la dette du débiteur et garantir cet engagement accessoire en affectant

---

<sup>759</sup> TPI Ouagadougou (Burkina-Faso), 9 mai 2001, jugement n° 446, Bank of Africa c/NASSA P. Kassoum et autres, *ohada.com/ohadata*, J-04-05.

<sup>760</sup> F. GRUA, « Le cautionnement réel », *JCP G* 1984, I, 3167.

<sup>761</sup> M. MIGNOT, « La nature du cautionnement réel à la lumière de la pratique contractuelle bancaire », *Droit et patrimoine* 2002, n° 110, p. 30.

<sup>762</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 4 janv. 1983, *Bull. civ.* 1983, III, n° 1.

<sup>763</sup> La formule notariée « cautionnement solidaire et hypothécaire » ne suffit pas à établir l'existence d'un engagement personnel du constituant ; dans, ce sens, en droit français, Com., 27 oct. 1998, *Bull. civ.* 1998, IV, n° 260 ; *JCP G* 1999, I, 116, n° 1, obs. Ph. SIMLER.

réellement l'un de ses biens. Dans cette hypothèse une sûreté réelle vient ainsi garantir le créancier en cas de défaillance de la caution qui elle-même garantit personnellement l'absence de paiement du débiteur principal. A la différence de l'hypothèse précédente, ce cas de figure met en œuvre deux sûretés successives qui ne garantissent pas à proprement parler la même dette. Alors que l'engagement personnel de la caution garantit la dette du débiteur principal, l'engagement réel de la caution garantit son propre engagement personnel accessoire au cas où celui-ci ne serait pas honoré<sup>764</sup>.

**434.** Enfin, une conception « double », à la fois *réelle* et *personnelle* du cautionnement réel peut être déduite de l'article 12 AUS. Selon cette conception<sup>765</sup>, admettre que la caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle revient à soutenir que son engagement serait composé d'un double engagement *réel* et *personnel*, le bien faisant l'objet du droit réel venant, tout à la fois, garantir et constituer la mesure de l'engagement personnel. La caution réelle est donc tenue personnellement, c'est-à-dire sur l'ensemble des biens composant son patrimoine « *dans la double limite du montant de la somme garantie et de la valeur des biens engagés* »<sup>766</sup>. Le créancier muni d'une telle sûreté peut, d'abord, exercer les droits attachés à la sûreté réelle et, à défaut d'efficacité ou de disparition de cette dernière, exercer son droit de gage général à concurrence de la valeur du bien composant l'assiette de la sûreté réelle.

**435. La pertinence de l'analyse dualiste ou mixte.** S'inspirant de l'analyse dualiste de l'obligation, M. Grua avait proposé une analyse originale selon laquelle le cautionnement réel serait « *une convention de paiement (...), un contrat par lequel une personne se trouve contrainte à payer la dette d'autrui dans les conditions du droit des sûretés réelles* »<sup>767</sup>. Quant à M. Simler, il insiste justement sur l'hybridité de l'institution car « *le cautionnement réel est réellement-aussi-un cautionnement* »<sup>768</sup>. Cependant, il refuse expressément de reconnaître l'existence d'un droit de

<sup>764</sup> Dans ce sens, Com., 29 nov. 1988, *Bull. civ.* 1988, IV, n° 331 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 2005, *RD bancaire et fin.*, mars-avr. 2006, n° 64, obs. D. LEGAIS.

<sup>765</sup> G. MARTY et P. RAYNAUD, par Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 626 ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 340 à 342 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 554 ; P. CROCQ, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1999, *RTD civ.* 880.

<sup>766</sup> C'est la solution retenue, en droit français par Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 127 ; *JCP G* 2002, I, 162, n° 3 ; obs. Ph. SIMLER, et *JCP G* 2002, II, 10109, concl. C. PETIT et note S. PIEDELIEVRE ; *D.* 2002, 1780, note C. BARBEROT et somm. 333, obs. L. AYNES ; *Deffrénois* 2002, 1208, obs. J. FRANCOIS, et *Deffrénois* 2003, art. 37691, obs. Ph. THERY ; *RTD civ.* 2002, 546, obs. P. CROCQ ; V. BREMOND, « Le cautionnement réel est aussi ... un cautionnement », *JCP N* 2002, I, 1640.

<sup>767</sup> F. GRUA, « Le cautionnement réel », art. préc., n° 29.

<sup>768</sup> V. BONNET, (*D.* 2000, jur. p. 301) pose la question suivante : « *Le cautionnement réel est-il réellement un cautionnement ?* », P. CROCQ, (*RTD civ.* 2000, p. 367), affirme d'ailleurs que le cautionnement réel « *n'est qu'une pure sûreté réelle* ». Pour PIEDELIEVRE, (*D.* 2000, somm. p. 394), « *le cautionnement réel n'est pas une sûreté personnelle* », tandis que Ph. SIMLER (*JCP G* 2001, I, 367), rétorque que « *Le cautionnement réel est-aussi-un cautionnement* ».

créance véritable contre la caution réelle<sup>769</sup>. Enfin, M. Crocq défend une analyse mixte mais distincte suivant laquelle le cautionnement réel serait autre qu'un « *engagement personnel de caution assorti d'une sûreté réelle sur un bien qui constitue à la fois la garantie de cet engagement personnel et la mesure de celui-ci* »<sup>770</sup>. Quelle que soit l'hypothèse envisagée, la validité, l'efficacité et l'étendue des sûretés ne seront alors en principe pas tributaires l'une de l'autre, la caution jouissant d'un « *bouquet de sûretés* »<sup>771</sup> placées sur un même plan.

**436. Une solution séduisante au regard des conjoints communs en biens.** Il ne fait aucun doute qu'en dehors du régime légal de séparation des biens retenu dans la plupart des systèmes juridiques dérivés du droit français<sup>772</sup>, le régime de communauté des biens peut être choisi par les époux qui seront régis par les règles relatives à la cogestion des biens communs<sup>773</sup>. Admettre l'engagement personnel de la caution réelle permet tout d'abord d'éviter la dénaturation des règles relatives à la protection des biens communs lorsque l'un des époux a souscrit un cautionnement sans le consentement exprès de son conjoint, tout en précisant qu'il reste tenu sur ses biens propres et sur ses revenus<sup>774</sup>. En droit français, c'est bien ainsi que les juges ont raisonné dans l'affaire Abihssira<sup>775</sup> en prenant soin toutefois de limiter l'obligation au paiement de la caution à la valeur des biens communs nantis au jour de la demande d'exécution de la garantie. A la différence du droit uniforme, un arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation française du 2 décembre

<sup>769</sup> Il parle de « *créance, qui est cependant purement « réelle » et non personnelle* ».

<sup>770</sup> P. CROCQ, obs. *RTD civ.* 1999, p. 152 et p. 880 et s., *RTD civ.* 2000, p. 367 et s. et obs. *RTD civ.* 2002, p. 604 et s.

<sup>771</sup> En ce sens, G. A. LIKILIMBA, « Le cautionnement réel : l'application distributive du droit des sûretés réelles et du droit du cautionnement n'est-elle pas un « gage » de protection des intérêts des contractants ? », *JCP E* 2001, I, p. 406 et s., n° 4.

<sup>772</sup> Code togolais des personnes et de la famille issu de l'Ordonnance n° 80-16 du 31 janvier 1980 et sa réforme en cours et le code sénégalais.

<sup>773</sup> Sur l'ensemble de la question, article 74 et s. de la loi ivoirienne, n° 64-375 et sa réforme du 2 août 1983. Ch. VLEI YOROBA, « Droit de la famille et les réalités familiales depuis l'indépendance: le cas de la Côte Ivoire », in *Femmes d'Afrique*, Clio, n° 6/1997 ; E. ABITBOL, « La famille conjugale et le droit nouveau du mariage en Côte Ivoire », *Penant*, n° 712, 1966, p. 305 ; L. G. FOLQUET, « La situation juridique de la femme mariée dans le nouveau droit de la famille ivoirienne », *Rev. juridique et politique Indépendante et Coopération*, Paris, Ediafric, 1974, p. 636-637 ; F. HOUPHOUËT-BOIGNY, *Anthologie des discours 1946-1978*, Abidjan CEDA, vol. 1, p. 742 et s. ; J. EMANE, « Les droits patrimoniaux de la femme mariée ivoirienne », *Annales africaines*, Paris, Pédone, 1967, p. 87 ; L. IDOT, « Le nouveau droit ivoirien des régimes matrimoniaux », *Etudes et documents*, n° 1, 1987, p. 28 ; Trib. du travail de Bobo-Dioulasso, 27 janv. 2005, Aff. M. SA c/ M. GR, n° 6/05/27/01/05, où la femme a représenté son mari dans l'instance.

<sup>774</sup> Pendant longtemps, l'homme était le chef de famille, mais la tendance actuelle, sous l'impulsion des féministes, au regard de la question genre et de l'égalité de sexes, l'homme ne peut plus affecter, sans le consentement de la femme les biens de la famille à une garantie. Il a été jugé qu'aux termes de l'article 305 du code (burkinabè) des personnes et de la famille, les époux ne peuvent, l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni. Celui des deux qui n'a pas donné son consentement à l'acte peut en demander l'annulation. L'action en nullité lui est ouverte dans le délai d'un an à partir du jour où il en eu connaissance. En l'absence de preuve selon laquelle les immeubles, objet d'une convention d'hypothèque conventionnelle servent de logement familial, le consentement du conjoint pour hypothèque conventionnelle ne s'avère pas nécessaire. La convention des parties qui n'a pas violé les dispositions de l'article 1108 du Code civil demeure valable : CA Ouagadougou (Burkina-Faso), Ch. civ. et com., 2 avril 2004, arrêt n° 42, affaire Traoré Alimata c/Société Générale des Banques du Burkina (SGBB), *ohada.com/ohadata*, J-05-226.

<sup>775</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2002, préc.

2005 a mis une différence nette entre cautionnement et l'affectation d'un bien en garantie d'une dette d'autrui en ces termes : « *une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, (...) que l'article 1415 du Code civil n'était pas applicable* »<sup>776</sup>.

**437. Constitution d'une sûreté en garantie de la dette d'autrui = (cautionnement personnel + limitation du droit de gage général sur un bien x + droit réel de préférence sur le bien x)**<sup>777</sup>. En lisant de près l'article 12 AUS, on retrouve dans la sûreté réelle consentie pour autrui, les éléments suivants : un droit de saisie du bien grevé procédant d'un endettement limité en garantie de la dette d'autrui, l'impossibilité absolue pour le créancier de prétendre poursuivre un bien non grevé de sûreté réelle et ceci même à titre chirographaire et surtout, l'affectation préférentielle d'un bien de la caution qui constitue le cœur de l'engagement et permet de l'étudier dans les sûretés réelles. L'adjonction d'une sûreté réelle à un cautionnement est donc une précaution autant qu'une solution très intéressante qui lorsque l'ensemble est bâti sur le cautionnement donne naissance à un cautionnement réel innommé dont le régime juridique est logique et originale. Une telle analyse peut en outre se réclamer de la solution supplétive retenue dans le cadre de l'OHADA<sup>778</sup>.

## **B - La limitation de l'engagement de la caution à la valeur de réalisation du bien**

**438. L'affirmation du principe de la limitation de l'engagement de la caution.** La règle posée par l'Acte uniforme selon laquelle la caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens offre la possibilité à la caution de « *limiter son engagement à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquelles elle a consenti une telle sûreté* »<sup>779</sup>. Cette permission légale autorise à affirmer que le législateur de l'OHADA a opté pour l'application distributive des règles des sûretés réelles et du cautionnement<sup>780</sup>. Cependant la

<sup>776</sup> Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *JCP G* 2005, II, 10183, p. 2425, note Ph. SIMLER. Le double revirement réside dans le fait que la sûreté réelle consentie pour la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel et l'article 1415 du Code civil n'est pas applicable à cette sûreté. L'article 2334 nouveau, issu de la rédaction de l'ordonnance française du 23 mars 2006 relatif au gage de biens corporels, dispose que « *le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie* » ; dans le même sens, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, *Petites affiches*, 6 août 2007, n° 156, note D. HOUTCIEFF, p. 4 et s.

<sup>777</sup> Formule empruntée à Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 795.

<sup>778</sup> Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 803

<sup>779</sup> Article 12, alinéa 2, de l'AUS.

<sup>780</sup> M. BROU KOUAKOU, « Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire », art. préc., *ohada.com/ohadata*, D-06-53, p. 4 ; CCJA, 6 nov. 2003, *Juris-OHADA*, n° 4/2003, p. 26, dans lequel deux ouvertures de crédit en compte courant ont été garanties par deux cautionnements hypothécaires souscrits par une société immobilière ; J. ISSA-SAYEG, *Penant* 1998, n° spécial OHADA, n° 827, p. 204. Pour une analyse critique, J. GOMEZ, *Penant* 1997, n° 825, p. 245 ; M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Travaux Association*

prévision légale de la limitation de l'engagement de la caution à la valeur de réalisation d'un bien n'éclaire pas à tous les points de vue la question. Comme a pu le remarquer M. Grimaldi, on pourrait se demander si l'Acte uniforme laisse à la caution réelle la possibilité d'écarter tout engagement personnel de sa part afin d'éviter d'être poursuivie sur d'autres biens que celui qu'elle a affecté en garantie<sup>781</sup>.

**439. L'application limitée des règles des sûretés réelles.** Si la sûreté réelle consentie en garantie de la dette d'un tiers est comme son nom le suggère, d'abord une sûreté réelle, l'application à son sujet des règles relatives au modèle de sûreté réelle choisie ne devrait souffrir normalement pas de discussion. En conséquence le créancier ne devrait pas disposer de plus de droits qu'il n'en aurait eus si la sûreté avait été consentie par le débiteur lui-même. MM. Mouly et Jacob ont pu écrire, dans ce sens, que « *le lien d'accessoire à principal n'est en rien affecté par (...) la répartition, entre deux patrimoines différents, de l'obligation garantie et du droit grevé par l'hypothèque* »<sup>782</sup>. Toutefois la caution n'étant pas le débiteur de la dette garantie, il se pose la question de savoir si certaines règles dont bénéficie le débiteur de la dette peuvent être également invoquées par le constituant de la sûreté pour autrui dans le cadre des procédures collectives. La question naît du constat qu'en droit uniforme les créanciers munis de sûretés réelles ne peuvent pas réaliser leurs garanties lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur<sup>783</sup>. De même, les dispositions gouvernant les sûretés réelles, spécialement les sûretés réelles immobilières, ne visent que très rarement le « *constituant de la sûreté, auquel cas, la règle litigieuse pourrait sans difficulté s'appliquer indifféremment selon que ce constituant est débiteur ou non de la dette garantie* »<sup>784</sup>.

**450.** Cependant si la caution réelle doit payer dans les conditions d'une sûreté réelle au moment où le débiteur est en difficulté, doit-elle bénéficier de la règle d'interdiction de réalisation des sûretés réelles du débiteur imposée par le législateur de l'OHADA dans le cadre des procédures collectives ? Une réponse affirmative n'est pas concevable d'autant plus qu'il s'agit d'une sûreté consentie par une personne autre que le débiteur principal ; autrement dit, il y a une absence d'identité de constituant et de débiteur. Il en résulte une application originale du droit du cautionnement.

---

Henri Capitant, art. préc., p. 30, spéc. p. 34 et *Quot. Jur.*, 13 oct. 2004, n° 205, p. 30 ; B. MARTOR, « Comparaison des deux sûretés : cautionnement et lettre de garantie », *JCP E*, 28 oct. n° 5, suppl. n° 44, p. 24 ; B. MARTOR et autres, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, préc., p. 214, n° 1011.

<sup>781</sup> M. GRIMALDI, art. préc., p. 34, note 25.

<sup>782</sup> Ch. MOULY et F. JACOB, *Juris-classeur civil*, art. 21114 à 21117, n° 179.

<sup>783</sup> Sur l'ensemble de la question, E. SOUPGUI, *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA*, thèse Yaoundé II SOA, 2008.

<sup>784</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, V. BREMOND, *Droit des sûretés*, Sirey, 2007, n° 2340.

**451. L'application « originale » des règles propres au droit du cautionnement.** Si les règles de constitution de la sûreté réelle pour garantir la dette d'un tiers ainsi que les prérogatives juridiques conférées au créancier relèvent sans doute quasi exclusivement des dispositions propres aux sûretés réelles, en revanche, plusieurs règles du cautionnement personnel, tant au niveau de l'exécution que de l'extinction de l'engagement, doivent s'appliquer à la sûreté pour autrui dans le cadre des procédures collectives du débiteur principal. Ainsi, les biens de la caution, tiers à la procédure collective diligentée contre le débiteur principal, échapperont largement à cette dernière. Le créancier sera donc prémuni contre nombre de chausse-trappes du droit de la « faillite ». D'abord, la caution pourra valablement être poursuivie postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective. Ensuite, la clôture de la procédure de liquidation des biens du débiteur principal pour insuffisance d'actif n'aura *a fortiori* pas pour conséquence d'interdire la poursuite de la caution réelle par le créancier ; la dette du débiteur n'étant pas éteinte<sup>785</sup>. Seulement la caution est protégée dans une certaine mesure par le jeu de la limitation de son engagement.

**452. Absence de droit de saisir d'autres biens que le bien grevé.** A suivre l'article 12, al. 2, de l'AUS, la caution ne s'engage pas à payer une somme maximale, elle n'est tenue que sur la valeur souvent fluctuante d'un bien. Elle ne s'engage pas non plus à rembourser les sommes dues « sur ses revenus et ses biens » mais strictement sur un ou plusieurs biens spécialement affectés préférentiellement au créancier. Le créancier n'aura donc le droit de saisie que sur le ou les biens qui auront été désignés par la caution. Cette solution montre la spécificité de l'objet de l'obligation de la caution. Cette obligation est donc définie et indépendante de l'obligation principale et limitée par la valeur même du bien. En conséquence, l'obligation de la caution réelle ne peut épouser indéfiniment les contours de l'obligation principale, ni garantir toutes les dettes du débiteur : l'identité et la valeur du bien grevé limiteront naturellement l'étendue des droits du créancier<sup>786</sup>.

**453.** Cependant, le constituant n'étant pas le débiteur de la dette garantie, il se pose l'épineuse question de savoir s'il peut, à l'instar d'une caution personnelle, invoquer de son propre chef les exceptions affectant les rapports débiteur/créancier. En principe, la caution réelle à qui le créancier opposera son engagement personnel limité à la valeur du bien affecté à la garantie ne va pas se contenter de solliciter du juge la protection de son consentement. Elle ne manquera pas non

---

<sup>785</sup> P. M. LE CORRE, « Le cautionnement réel à l'épreuve des procédures collectives », *JCP E* 2000, 886, p. 941 et s. ; sur la possibilité de poursuite de la caution personnelle en cas de clôture pour insuffisance d'actif : Com., 8 juin 1993, *Bull. civ.* IV, n° 230.

<sup>786</sup> Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 816.

plus d'invoquer l'erreur sur la nature de son engagement, la réticence dolosive du créancier ainsi que la responsabilité civile de ce dernier. Pour ces raisons, les notaires sont tenus d'éclairer les parties et d'attirer leur attention sur les conséquences et les risques des actes auxquels ils sont requis de donner la forme authentique<sup>787</sup>. La mise en garde de la caution réelle par le notaire ou par le créancier paraît aussi s'imposer dans la mesure où la composante personnelle du cautionnement réel accroît la gravité de la sûreté. Une telle application de la responsabilité civile au cautionnement réel dans le cadre des procédures collectives serait plausible puisqu'elle permettrait de faire contrepoids au supplément d'efficacité que donne à cette sûreté la reconnaissance de sa double nature<sup>788</sup>.

**454.** Parmi les tenants de la conception « personnaliste » du cautionnement réel, certains avaient fait remarquer qu'elle présenterait l'avantage pour la caution réelle d'avoir un argument de poids pour se voir appliquer les règles protectrices de la caution personnelle<sup>789</sup>. Lorsque la Cour de cassation française avait affirmé que le cautionnement réel était une sûreté réelle et non pas un cautionnement personnel pour refuser au tiers constituant le bénéficiaire des dispositions de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 sur l'obligation périodique d'information de la caution<sup>790</sup>, la question s'était posée de savoir si un revirement de jurisprudence n'allait pas se produire à propos de l'application au cautionnement réel de l'article 2037 qui est relatif à l'exception de subrogation<sup>791</sup>. Or, l'application de ces règles protectrices de la caution trouve une justification dans la reconnaissance de l'engagement personnel de la caution réelle. Cette composante personnelle du cautionnement réel devrait aussi logiquement conduire à ne plus considérer que la déchéance du terme encourue par le bénéficiaire d'un crédit peut être opposée par le créancier à la caution réelle<sup>792</sup>. En effet, elle ne peut plus continuer à ne pas vouloir placer le créancier dans une situation différente selon que

---

<sup>787</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000, *Bull. civ.* I, n° 282; *Defrénois*, p. 261, obs. J. L. AUBERT; *JCP G* 2001, I, 315, n° 6, obs. Ph. SIMLER; *JCP E* 2001, p. 372, obs. D. LEGEAIS; *RTD civ.* 2001, p. 629, obs. P. CROCQ; B. MONTRAVERS, « L'obligation d'information de la caution (À propos de Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000) », *JCP N* 2002, p. 224.

<sup>788</sup> Sur l'ensemble de la question, M. DELPRAT, *Du cautionnement réel*, thèse Paris, Larose et Forcel, 1885, p. 79 et s.; E. CADIERGUES, *Du cautionnement réel*, thèse Montpellier, Imprimerie Firmin et Montane, Montpellier, 1897, p. 25 et s.; H. DETCHART, *De la caution réelle*, thèse Bordeaux, imprimerie Y. Cadoret, Bordeaux, 1898, p. 68 et s.; J. SOULIE, *Le cautionnement réel sous forme hypothécaire*, thèse Toulouse, imprimerie Cléder, 1913, n° 63; S. PRIGENT, *L'engagement pour autrui*, préf. L. CADIET, Coll. des thèses de doctorat et notariat, t. 12, La Baulle, 2002, n° 510 et sv; G. SCYBOZ, « Le contrat de garantie et le cautionnement », in *Traité de droit privé suisse*, préc., p. 43 et s.; Cour suprême du Canada, Walker c/Barclays Bank Canada (1941) *RCS*, p. 491-502 et article 2645 du Code civil du Québec; L. PAYETTE, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, éd. Y. Blais, Cowansville, Québec, 1994, n° 56.

<sup>789</sup> P. CROCQ, obs. *RTD civ.* 1999, p. 156; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILIAU, *op. cit.*, n° 554, p. 11.

<sup>790</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> fév. 2000, préc., *D.* 2000, p. 143.

<sup>791</sup> D. LEGEAIS, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> fév. 2000, préc., *RD bancaire et fin.* mars/avril 2000, n° 59.

<sup>792</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1999, *D. aff.* 1999, p. 899; *JCP G* 1999, I, 156, n° 5, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE; *RTD civ.* 1999, p. 880, obs. P. CROCQ; *D.* 2000, jur. p. 302, note V. BONNET; *Banque et Droit*, juill./août 1999, p. 37, obs. F. JACOB; *RD imm. Juill./sept.* 1999, p. 451, obs. Ph. THERY; Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> fév. 2000, *D.* 143, obs. J. FADDOUL. Dans le sens contraire, J. DEVEZE, art. préc., p. 194.

l'affectation des biens à la garantie de paiement de la dette émane de l'emprunteur ou d'un tiers, puisque la jurisprudence française, et à sa suite le droit uniforme, respecte les prévisions contractuelles de la caution personnelle en ne la soumettant plus à la déchéance du terme<sup>793</sup>. Elle doit aussi pouvoir se prévaloir du manquement, par le créancier, à l'une des diverses obligations légales d'information mises à la charge de celui-ci en tant que bénéficiaire d'un cautionnement<sup>794</sup>.

**455.** Il existe d'autres cas dans lesquels le créancier bénéficiaire du cautionnement réel peut se trouver empêché d'appréhender le bien affecté à la garantie de la dette d'autrui. Celui-ci peut avoir disparu fortuitement, la durée d'une inscription hypothécaire peut avoir expiré, ou le créancier peut n'avoir pas fait état de son droit réel à la procédure collective de la caution réelle considérée comme personnellement engagée<sup>795</sup>. Dans ces trois hypothèses, l'évolution conduit à considérer que la personne qui a souscrit le cautionnement réel reste tenue à titre chirographaire. La première situation peut toutefois faire difficulté, car, comme l'a noté M. Crocq, on peut concevoir que l'engagement personnel de la caution réelle soit réduit à zéro, puisque le constituant le limite à la valeur du bien donné en garantie au jour où le créancier demande l'exécution de celle-ci<sup>796</sup>. En conséquence, la caution réelle doit être admise à payer le créancier à concurrence de la valeur du bien contre mainlevée de l'hypothèque ou restitution du gage, le créancier pouvant, à défaut d'accord sur la valeur du bien, poursuivre l'exécution forcée du bien suivant les règles des sûretés réelles. La caution réelle, parce qu'elle est débitrice de la valeur du bien devrait donc avoir la faculté de payer la contre-valeur du bien appréciée au jour de l'exécution, sans qu'une nouvelle convention soit nécessaire sur ce point, puisque l'article 12 AUS traite expressément « *de la valeur de réalisation du bien* ». Le législateur pourrait intervenir pour préciser, par dérogation, que le tiers ayant affecté un ou plusieurs de ses biens à la garantie de la dette d'autrui bénéficie de l'obligation périodique d'information, pour lui permettre d'avoir connaissance de l'évolution de la somme couverte par le bien engagé<sup>797</sup>, ou d'une façon générale, bénéficiaire des règles de protection de la caution personnelle.

**456. Conclusion de la section 1** - La limitation de l'engagement de la caution en montant, au plan de la durée et de l'assiette, peut lui permettre de résister à la tendance hégémonique du droit des

---

<sup>793</sup> Com., 8 mars 1994, *D.* 1994, p. 557, note BAZIN.

<sup>794</sup> P. CROCQ, obs. *RTD civ.* 2002, p. 549.

<sup>795</sup> L'absence de déclaration de la créance à la procédure collective de la caution réelle peut entraîner la perte du droit réel, Com., 27 oct. 1998, préc., *Bull. civ.* I, 2000, n° 69.

<sup>796</sup> P. CROCQ, *RTD civ.* 2002, préc.

<sup>797</sup> M. CABRILLAC, *RTD com.* 1998, p. 397 et *RTD com.* 2000, p. 426 ; Th. BONNEAU, *Dr. soc.*, mai 2000, n° 68, p. 11 ; Ph. SIMLER, art. préc., G. A. LIKILIMBA, art. préc., n° 20, p. 414. Contrairement, L. AYNES, *D.* 2001, somm., p. 694 ; Ch. LESBATS, « Le cautionnement réel sous un nouveau jour », *Droit et patrimoine*, 2001, n° 95, p. 28 et s. ; J. FRANCOIS, *Droit et patrimoine*, Juill.-août, 2001, p. 34 et art. 1225, note 72.

procédures collectives qui ne permet pas à la caution de mesurer son engagement à l'étendue de l'obligation principale, étant donné qu'elle ne peut se prévaloir des remises consenties au débiteur principal en difficulté. Ces mesures protectrices de la caution sont préventives et inhérentes au risque du crédit mais elles se révèlent utiles en pratique dans le cadre des accords concordataires, dans la mesure où, le débiteur principal doit également fournir cautions pour garantir l'exécution du concordat préventif ou de redressement. Cette fourniture de caution dans le cadre du redressement du débiteur principal obéit aux mêmes règles de formation du cautionnement de droit commun. L'inobservation de la règle de la limitation de l'engagement de la caution aboutit à la nullité de l'acte, puisque la nullité du concordat profite à la caution. De même, le renouvellement du cautionnement à durée déterminée ne peut s'opérer automatiquement sans le consentement exprès de la caution, même en période de procédure collective. Toute clause contraire est donc réputée non écrite, ce qui renforce la possibilité pour la caution de mettre fin à son engagement et confirme le souci d'encadrer la volonté de celle-ci, qui est perceptible dans les divers droits de critique.

## **Section 2 - Le maintien du droit de critique sur l'existence et l'étendue de la dette**

**457. Le droit de critique : moyen de libération de la caution.** L'ouverture d'une procédure collective du débiteur principal soulève la question du maintien du cautionnement au regard des moyens de défense de la caution lorsque le débiteur bénéficie des mesures de faveur qui affectent l'étendue ou l'existence de la dette garantie. Les mécanismes de protection de la caution portent également sur des moyens de défense inhérents à la dette et qui appartiennent au débiteur principal. L'usage de cette faculté dans le cadre des procédures collectives ne peut être interdit à la caution. A cet égard, la caution jouit d'une protection limitée aux opportunités du droit de critique inhérent à l'obligation principale pour sa libération (Paragraphe 1) étendue à l'interférence des règles de preuve ou de nullité de la couverture de la dette, ses accessoires et aux frais de recouvrement par le biais du formalisme protecteur de la mention manuscrite (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 - Le droit de critique de l'existence de la dette**

**458. La résiliation opportune du cautionnement de tous engagements.** Le droit des entreprises en difficulté protège exclusivement les créanciers bénéficiaires du cautionnement sans veiller sur les intérêts légitimes et respectables de la caution. L'efficacité de la garantie ne justifie pas le sacrifice des intérêts de la caution au-delà du nécessaire. Les imperfections que contient la

garantie au moment de sa constitution peuvent se manifester à tout moment surtout au moment de son exécution dans le cadre des procédures collectives. En réalité, la caution occupe très souvent une position très inconfortable dans l'opération de cautionnement. Elle garantit le paiement d'une dette à la formation, l'exécution et le contenu de laquelle elle n'a que peu d'emprise alors qu'elle doit exécuter une obligation conclue en dehors d'elle sur laquelle elle n'a parfois que peu d'information et aucune influence pratique. Une compensation des conséquences désagréables de cette situation a fait l'objet d'une réglementation par le droit uniforme à travers le droit pour la caution de se prévaloir des moyens de défense inhérents à la dette principale (A). En conséquence, elle doit pouvoir se libérer par l'usage de la faculté de rompre à tout moment son engagement lorsque le cautionnement est général (B).

#### **A - Le droit de se prévaloir des moyens de défense inhérents à la dette principale**

**459. Les moyens de défense inhérents à la dette.** Le maintien du cautionnement dans les procédures collectives peut s'observer dans le principe général posé à l'article 18 AUS selon lequel la caution peut se prévaloir des moyens de défense inhérents à la dette principale et qui appartiennent au débiteur principal. Le droit uniforme africain n'ayant pas repris textuellement la distinction entre « *exceptions inhérentes à la dette* » et « *exceptions personnelles au débiteur* », la question de l'exception relative à la personne du débiteur, notamment la capacité du débiteur cautionné a fait l'objet d'un traitement spécial<sup>798</sup>. Le cautionnement de l'obligation d'un incapable n'est donc valable que si la caution connaissait l'incapacité du débiteur au moment où elle s'engageait elle-même ; au cas contraire, elle n'est pas liée même si le débiteur confirme ultérieurement son engagement à moins que la caution ne renonce à se prévaloir de la nullité.

**460.** Ainsi toute caution doit pouvoir opposer au créancier tous les moyens de défense du débiteur en relation avec la dette garantie sans qu'il y ait lieu de distinguer entre celles qui seraient personnelles au débiteur et celles qui seraient inhérentes à la dette. Une telle solution cultive la généralité, met l'interprétation à l'abri des artifices et des difficultés d'application dans lesquels se fourvoient les distinctions basées sur la nature ou l'effet de l'exception. Elle devrait donner au principe du droit de critique reconnu à la caution toute son ampleur et permettre de récupérer sur le cautionnement tous les moyens de défense émergés des relations de base<sup>799</sup> en sus de ceux fondés sur les relations entre la caution et le créancier.

---

<sup>798</sup> Article 7, alinéa 1, de l'AUS.

<sup>799</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 188.

**461. Le droit de critique des vices du consentement du débiteur cautionné.** L'obligation de la caution ne pouvant exister que lorsqu'elle est fondée sur une obligation principale valable, même dans les procédures collectives, la caution ne peut être tenue d'exécuter l'obligation si le débiteur principal ne l'est pas, *a fortiori* lorsque l'obligation principale est nulle. En application de cette règle, la caution peut se prévaloir de la nullité d'un contrat couvert dès lors qu'elle a été prononcée sans distinction entre nullité absolue et nullité relative puisqu'une fois prononcées leurs effets sont similaires<sup>800</sup>. Une solution du juge français peut être édifiante dans cette analyse. Dans un arrêt en date du 11 mai 2005, la troisième chambre civile de la Cour de cassation française a décidé que « *la caution peut opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette et prendre l'initiative de faire anéantir à son égard le contrat principal en faisant constater sa nullité fondée sur le dol commis par le créancier à l'égard du débiteur principal, ce qui a pour effet de décharger la caution de sa propre obligation de paiement* »<sup>801</sup>. Cette solution mérite une attention particulière et peut inspirer le juge de l'OHADA.

**462.** La doctrine classique est favorable à cette analyse. Treilhard avait déjà fait remarquer l'idée, qu'il convient d'admettre, selon laquelle la caution peut s'emparer de toute défense qui ferait tomber son obligation, tels que le dol et la violence<sup>802</sup>. La possibilité de se prévaloir de la violence peut être admissible surtout avec l'émergence de la violence économique. Une telle violence peut s'entendre comme l'exploitation par le créancier bénéficiaire du cautionnement de la situation de dépendance économique du débiteur alors même qu'il savait que sa situation économique ou financière est obérée pour faire supporter la charge de son engagement à la caution.

**463.** En ce qui concerne le dol dans le cas du concordat cautionné, par l'exemple, l'article 140 AUPC énonce que le concordat est annulé en cas de dol résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif si le dol a été découvert après l'homologation du concordat préventif ou du concordat de redressement. L'alinéa 2 du même article précise que « *cette annulation libère, de plein droit, les cautions garantissant le concordat sauf si celles-ci avaient*

---

<sup>800</sup> L'exécution du contrat de prêt ne fait pas obstacle à l'exception de nullité dont se prévaut la caution qui garantit le prêt, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2006, *RD bancaire et financière*, janv.-fév., 2007, n° 8 et 10, note A. CERLES ; Civ. 3<sup>e</sup>, 30 janv. 2002, *Juris-Data* n° 2002-012783 ; *JCP E* 2002, 890, note Th. BONNEAU ; dans le sens contraire, Ch. mixte, 8 juin 2007, *JCP E* 2007, 1861, p. 9 ; S. PIEDELIEVRE, « La caution n'est pas recevable à invoquer la nullité pour dol de l'obligation principale », note sous Ch. mixte, 8 juin 2007, *JCP E* 2007, 1861, p. 9 ; P. CROCQ (obs. sous Ch. mixte, 8 juin 2007, *RTD civ.* 2008, p. 330) qui qualifie cette impossibilité pour la caution d'invoquer la nullité pour dol de l'engagement du débiteur principal d'étrange.

<sup>801</sup> Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, *Bull. civ.* III, n° 101 ; *D.* 2005, IR, 1451 ; *RTD civ.* 2005, 590, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>802</sup> V. TREILHARD, FENET, t. XV, 1827, p. 45.

*connaissance du dol lors de leurs engagements* ». Si le législateur ne reconnaît pas le droit de critique sur le fondement du dol, il ne peut pas prévoir ce cas pour la dissimulation d'actif. Néanmoins, il ne vise que l'hypothèse du dol par dissimulation d'actif ou par exagération du passif. La décharge de la caution sur le fondement du dol peut-elle s'étendre à d'autres hypothèses ? La libération de la caution peut avoir un domaine large mais tout dépendra des circonstances de fait soumises à l'appréciation du juge. Cette position doit être nuancée car elle n'est pas à l'abri de toute critique d'autant plus qu'en pratique, la doctrine et la jurisprudence ont des positions divergentes sur ce point.

**464. La caution et le dol subi par le débiteur principal.** Il est souvent décidé que « *le dol ne peut être invoqué que dans le cas où les manœuvres émanent de l'une des parties contractantes au cautionnement* »<sup>803</sup>. Or, la relation de la caution par rapport au contrat de base pouvait lui permettre d'avoir un droit de critique sur les imperfections qui affectent ce contrat. Néanmoins, la Cour Suprême de la Côte d'Ivoire a décidé dans un arrêt du 14 mars 2002 que la caution personnelle ne peut invoquer le dol, dès lors qu'elle s'est engagée sans contrainte physique, ni morale et qu'elle a délibérément signé les différents actes sous seing privé et notariés<sup>804</sup>.

**465.** Il s'ensuit que la protection de la caution sur le fondement du dol peut varier en fonction du degré de dépendance à la dette principale. Pour M. Piedelièvre, l'une des originalités du cautionnement tient à ce qu'il est à la fois un contrat indépendant et un contrat accessoire<sup>805</sup>. En optant pour le caractère accessoire on se situe véritablement dans une relation triangulaire dans laquelle les différents rapports contractuels sont imbriqués, entraînant le bénéfice par la caution d'un certain droit de critique qui lui permet de se prévaloir d'une éventuelle nullité de l'obligation principale. Une telle analyse permet de remettre en cause la qualité d'un véritable tiers conférée à la caution de la même façon que le débiteur ne peut être un tiers au contrat de cautionnement, traduisant « *une efficacité par ricochet* »<sup>806</sup> et le « *respect d'une certaine forme d'équité à l'intérieur de cette sûreté* »<sup>807</sup>. Mais en optant pour l'indépendance de la garantie la caution ne peut pas se prévaloir du dol du débiteur principal pour se décharger<sup>808</sup>. Pourtant, c'est

---

<sup>803</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 2002, *Bull. civ.* I, n° 161.

<sup>804</sup> Cour suprême de Côte d'Ivoire, chambre judiciaire, 14 mars 2002, arrêt n° 243/02, *Actualités juridiques*, n° 37/2003, p. 12 ; *ohada.com/ohadata*, J-04-62.

<sup>805</sup> S. PIEDELIEVRE, art. préc., p. 10.

<sup>806</sup> Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, préc., n° 226.

<sup>807</sup> S. PIEDELIEVRE, art. préc., p. 10

<sup>808</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1973, *D.* 1973, p. 733, note Ph. MALAURIE : « *le dol doit émaner d'une des parties au contrat de cautionnement* » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 1977, *Bull. civ.* I, n° 52, le dol ne peut entraîner la nullité du cautionnement « *que s'il émane du cocontractant* » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 1978, *Bull. civ.* I, n° 246 ; Com., 13 nov. 2002, *D.* 2003, p. 684 : le dol ne peut être invoqué que dans le cas où les manœuvres émanent de l'une des parties

la solution à laquelle est parvenue la chambre mixte de la Cour de cassation française dans un arrêt du 8 juin 2007<sup>809</sup>. Or, par deux arrêts, l'un indiquant que « *l'erreur provoquée par le dol d'un tiers à la convention peut entraîner la nullité du contrat lorsqu'elle porte sur la substance même de ce contrat* »<sup>810</sup>, et l'autre admettant que « *dans les rapports entre cofidejusseurs, le dol peut être invoqué par la caution qui se prévaut de la nullité du cautionnement lorsqu'il émane de son cofidejusseur* »<sup>811</sup> on a cru apercevoir un infléchissement du juge.

**466.** En réalité, il est de doctrine constante depuis Japiot que la nullité consiste essentiellement en un droit de critique octroyé à certaines personnes contre un acte nul<sup>812</sup>. Dès lors que la règle violée est une règle d'intérêt général le droit de critique doit être largement ouvert, élargi jusqu'au cas de nullité relative<sup>813</sup>. Il importe donc d'infléchir le fondement de ce droit de critique pour l'ouvrir à tous ceux qui auront un intérêt économique et financier à défendre, notamment la caution. Au nom d'un principe d'ordre public de protection de la caution la justification de cette solution est donc de permettre à la caution d'invoquer la nullité de son engagement par accessoire, non qu'elle ait été elle-même victime d'un vice de consentement, mais parce que son engagement ne peut exister que "sur" une obligation valable<sup>814</sup>. A cet égard, la formulation de l'article 18 AUS devra pour ce faire être modifiée. Les expressions « exceptions inhérentes à la

---

contractantes ; B. ROMAN, « Vers un rejet systématique du dol d'un tiers au contrat de cautionnement ? », note sous Com., 13 nov. 2002, *D.* 2003, p. 684.

<sup>809</sup> Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *JCP E* 2007, 1861, p. 9, note S. PIEDELIEVRE ; *D.* 2007, 2201, note D. HOUTCIEFF ; *JCP G* 2007, II, 10138, p. 35, note Ph. SIMLER. En fait, une personne physique s'était portée caution envers une autre du paiement du solde du prix de vente d'un fonds de commerce acquis par une société dont elle était dirigeante. La société ayant été mise en liquidation judiciaire, la caution a alors assigné le créancier vendeur en nullité de la cession du fonds de commerce pour dol ainsi que son engagement de caution sur le fondement des articles 2012 et 2036, devenus 2298 et 2313. Les juges de la cour d'appel d'Aix-en-Provence ont déclaré irrecevable la demande de la caution qui s'est pourvue en cassation, aux motifs qu'elle serait recevable à invoquer la nullité pour dol de l'obligation principale. Le pourvoi est rejeté aux motifs que la caution ne peut pas opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal, et que la caution n'avait pas été partie au contrat de vente du fonds de commerce n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle. Ph. SIMLER, (« La caution ne peut opposer au créancier la nullité pour dol du contrat principal », *JCP G* 2007, II, 10138, p. 35) fait remarquer que cette solution est indéniablement contraire au caractère accessoire traditionnellement reconnu au cautionnement. Pour lui, « *il s'agit d'une révolution en droit du cautionnement, (...), n'emporte pas conviction, ainsi que les conséquences, qui remettent en cause des solutions séculaires en la matière, en ce qu'elles reviennent à traiter la caution de la même manière qu'un codébiteur* », solution qui est indéniablement contraire au caractère accessoire du cautionnement.

<sup>810</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 1996, *Bull. civ.* I, n° 288 ; *D.* 1996, somm. 323, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Petites affiches*, 23 mai 1997, p. 16, note LAMBERT-WIBER ; *Defrénois* 1997, p. 920, note Y. DAGORNE-LABBE.

<sup>811</sup> Cass. com., 29 mai 2001, *Bull. civ.* IV, n° 100 ; *D.* 2002, p. 1741, note A.-M. LUCIANI ; *D.* 2002, somm. p. 2114, obs. M.-N. JOBARD-BACHELIER ; *RD bancaire et fin.* 2001, n° 145, obs. D. LEGEAIS ; *JCP E* 2002, 999, note R. MORTIER ; *RTD civ.* 2001, p. 920, obs. P. CROCQ.

<sup>812</sup> R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, Librairie A. Rousseau, 1909, préc. ; du même auteur, *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3<sup>e</sup> éd., 1935, p. 4 et s. ; du même auteur, « La théorie des exceptions de procédure », *Rev. périod. proc. civ.* 1916, p. 7 et s.

<sup>813</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *L'acte juridique*, 12<sup>e</sup> éd., Sirey, 2006, n° 330 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.*, n° 395.

<sup>814</sup> L. AYNES, « Les exceptions que la caution ne peut invoquer », obs. sous Ch. mixte, 8 juin 2007, *Lamy droit civil*, sept 2007, p. 25 et s.

dette » et « exceptions personnelles » au débiteur doivent être supprimées et remplacées par la notion de « droit de critique ». En conséquence, il est souhaitable de dire que la caution a un droit de critique sur les remises consenties par le créancier au débiteur et qui affectent l'existence, la durée et l'étendue de la garantie. Seront exclues du droit de critique les mesures imposées par le juge au créancier qui profitent au débiteur soumis à une procédure collective après la cessation des paiements. La caution pourra se prévaloir des remises de dette et des reports d'échéance consentis au débiteur défaillant par le créancier bénéficiaire du cautionnement. Elle pourra également agir en résolution du contrat principal<sup>815</sup>, invoquer l'exception d'inexécution<sup>816</sup> et rompre le cautionnement de tous engagements du débiteur même dans le cadre des procédures collectives lorsque les conditions d'application sont réunies.

## **B - Le droit de rompre le cautionnement de tous engagements**

**467. Une faculté de rupture du cautionnement de tous engagements du débiteur.** Le maintien et l'efficacité du cautionnement dans le cadre des procédures collectives *de lege feranda*, seraient subordonnés à un équilibre naturel entre les intérêts antagonistes des créanciers et de la caution. Cette ambition peut être déduite de l'article 9 AUS qui énonce que le cautionnement général des dettes du débiteur principal, sous la forme d'un cautionnement de tous engagements, du solde débiteur d'un compte courant ou sous toute autre forme « *peut être révoqué, à tout moment, par la caution avant que la somme maximale garantie ait été atteinte* ». Cependant, si la caution peut user de cette faculté, une précision s'impose. La notion de « cautionnement de tous engagements » ne peut concerner que les dettes contractuelles et non délictuelles civiles ou pénales, des dettes directes et non indirectes telles celles du débiteur principal tenu en qualité de caution ou, encore, des dettes futures et non antérieures à la signature de la caution à moins que les parties en décident autrement. Mais tous les engagements du débiteur principal garantis avant la rupture unilatérale restent couverts par la caution, y

---

<sup>815</sup> Cass. com., 30 nov. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 384 : « *Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que les époux Debain, vendeurs d'un fonds de commerce aux époux Intsaby, ont fait commandement aux fins de saisie immobilière à la dame Intsaby, qui s'était portée caution des époux Intsaby, d'avoir à payer les sommes restant dues par ceux-ci sur le prix de vente du fonds ; Attendu qu'il est reproché à la cour d'appel d'avoir, pour débouter dame Intsaby de son opposition à commandement, déclaré qu'elle était tenue au paiement de la dette sauf à se retourner contre le débiteur principal ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que dame Intsaby demandait, comme caution, sur le fondement de l'article 2036 du Code civil, à la suite d'une action introduite par les acquéreurs du fonds, débiteurs principaux, d'être autorisée, comme ces derniers le sollicitaient, en vertu de l'article 1653 du Code civil, à suspendre le paiement des sommes réclamées par les vendeurs jusqu'à ce que ces derniers aient fait cesser le trouble découlant de la disparition d'un élément du fonds de commerce vendu, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 déc. 1988, *Bull. civ. I*, n° 268.

<sup>816</sup> Cass. com., 23 mars 1981, *Bull. civ. IV*, n° 152.

compris le principal et les accessoires. Il s'agit d'une solution traditionnelle<sup>817</sup> confirmée dans son principe par une disposition de la loi française du 1<sup>er</sup> mars 1984<sup>818</sup>, solution fondée sur l'idée de la prohibition des engagements perpétuels. L'ensemble de ces prescriptions ne peuvent être modifiées sous prétexte de l'ouverture d'une procédure collective sauf accord exprès manifesté par la caution.

**468. Révocation ou résiliation ?** En énonçant que le cautionnement de tous les engagements « peut être révoqué à tout moment », la question qui se pose est de savoir s'il ne s'agit pas plutôt de la faculté de résiliation. L'utilisation du terme « révocation » à la place de « résiliation » pour évoquer la faculté de rompre pour l'avenir un lien contractuel est impropre<sup>819</sup>. Cette situation héritée de la pratique judiciaire française a toujours été dénoncée et critiquée par la doctrine<sup>820</sup>. En réalité, le terme révocation a une signification tout à la fois plus large et plus confuse pouvant évoquer l'idée d'un retrait discrétionnaire et s'appliquant essentiellement à la rétractation d'une déclaration de volonté non encore parfaite ou pouvant être utilisée quand la suppression des effets du contrat émane des parties elles-mêmes et porte sur un contrat dont l'exécution n'a pas commencé. Il importe de réserver ce terme à la rupture rétroactive d'origine bilatérale<sup>821</sup>. La révocation sauf exceptions<sup>822</sup> se caractérise par son effet rétroactif qui est à l'évidence absent en l'occurrence<sup>823</sup> dans le cadre des procédures collectives, en une phase de mise en œuvre de la garantie. Il serait plus intéressant de retenir le terme « résiliation » pour la faculté reconnue à la caution de mettre fin au contrat, auquel cas, le terme de résiliation dans le sens de rupture

---

<sup>817</sup> Pour le principe même de la faculté de révocation, Com., 3 déc. 1979, *JCP G* 1980, IV, p. 67, où il a été jugé que si une caution peut révoquer unilatéralement son aval de garantie, encore faut-il que cette révocation ne soit pas équivoque et les juges du fond sont souverains pour interpréter les documents d'où résulterait ce retrait de la garantie. Cependant, les juges du fond ne peuvent, sans dénaturer l'acte de cautionnement qui dispose de façon claire et précise que la caution se porte garant de sa société pour toutes les dettes contractées envers une société déterminée, étendre cette garantie aux dettes contractées envers une tierce société; pour les effets de la révocation dans l'hypothèse de cautionnement de compte courant, Com. 22 nov. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, I, p. 213. La Cour de cassation avait décidé : « *Attendu qu'en statuant ainsi sans rechercher, comme l'y invitaient les conclusions de Bard, si, le compte ayant continué à fonctionner, le débit du solde provisoire existant au jour de la révocation du cautionnement n'a pas été effacé par les remises subséquentes, et si le solde débiteur, actuellement réclamé après clôture définitive du compte, ne résulte point d'avances effectuées par la banque postérieurement à la révocation de l'engagement dudit Bard, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

<sup>818</sup> L'article 48 de la loi de 1984 impose aux créanciers de rappeler à la caution « *si l'engagement est à durée indéterminée, la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée* ».

<sup>819</sup> N. DJIMASNA, thèse préc., n° 167.

<sup>820</sup> D. MARTIN, note sous Com., 22 nov. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, I, p. 214, a fait observer que « *l'espèce n'était pas exclusive de toute ambiguïté. Notamment l'emploi du mot 'révocation', dans les motifs mêmes de l'arrêt laisse le commentateur curieux de connaître la volonté réelle des parties au contrat de cautionnement. Il est clair que si ce terme avait désigné, dans l'accord de garantie, une faculté unilatérale et rétroactive de désengagement, la caution eût été en l'espèce soustraite à toute obligation* »; Ch. MOULY, thèse préc., n° 281; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 283.

<sup>821</sup> Ch. MOULY, th. préc., n° 281.

<sup>822</sup> Dans l'hypothèse d'un pouvoir exclusif conféré au contractant dans un acte unilatéral de volonté.

<sup>823</sup> Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 283.

unilatérale<sup>824</sup>, antithèse du *mutus dissensus*, n'ayant effet que pour l'avenir, en bannissant celui de la révocation. Il s'ensuit que cette faculté aura un champ d'application étendu pour englober le cautionnement à durée déterminée. La jurisprudence française est dans ce sens en matière de rupture unilatérale du contrat<sup>825</sup>.

**469. Equilibre entre les intérêts des parties.** La faculté de rupture du contrat de cautionnement est d'une utilité grandissante pour la caution et tire son fondement, s'agissant du contrat à durée indéterminée, d'un principe général de droit : la prohibition des engagements à perpétuité<sup>826</sup>. Elle est traduite en ces termes : « *l'homme a si courte vue qu'il se figure naïvement que l'éternité des choses, besoin de son l'esprit, se projette sur l'effet qu'il regarde et que la situation qu'il a devant les yeux ne changera pas. De là à certains moments, dans les opérations de longue durée, des dissonances aiguës entre ce qui est établi et les besoins qu'il s'agit de satisfaire* »<sup>827</sup>. Le moment effectif de « dissonances » reste la période d'ouverture d'une procédure collective de sauvetage du débiteur où le droit uniforme semble ne pas prendre la mesure de l'influence de la présence de la caution sur le sort de l'entreprise en difficulté. Afin d'éviter les « dissonances » il faut protéger les intérêts futurs des contractants en les empêchant d'être liés à perpétuité. La solution réside dans l'ouverture d'une échappatoire, dans la possibilité pour une partie de sortir du contrat qui deviendrait en raison de sa durée plus onéreuse mais aussi face aux diverses mesures de faveur accordées au débiteur principal sous l'abri du juge et sur habilitation du législateur trop contraignant pour la caution. Le principe de l'obligation de renégocier le contrat peut être d'une grande utilité pour les parties.

**470. La limitation du cautionnement de tous engagements du débiteur à un montant plafonné : la grâce de la loi.** En droit uniforme, l'interdiction des engagements perpétuels ne semble pas *a priori* la raison de la possibilité de rupture reconnue à la caution. En effet, il a été

---

<sup>824</sup> La rupture est définie comme « *l'action, qui est en général unilatérale et souvent brutale, qui consiste à mettre un terme à un projet et qui coupe court à l'établissement de l'état de droit initialement recherché* », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2003, v° « Rupture ».

<sup>825</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, *Bull. civ.* I, n° 211, p. 166, « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale (...)* ». Cette faculté de rupture est d'ordre public ; il est impossible d'y renoncer, de l'exclure par une convention particulière. Ce n'est donc pas l'exercice d'un droit contractuel, c'est semble-t-il, une prérogative encore essentielle, mieux, l'exercice d'une liberté individuelle. Le Conseil constitutionnel français, en se servant de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen, l'a érigée au rang d'une liberté fondamentale, d'un droit de l'Homme, le droit de rompre unilatéralement le contrat à durée indéterminée, en ces termes : « *La liberté qui découle de l'article 4 (...) justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants* », Cons. Con., 9 nov. 1999, n° 99-419, DC cité par Ph. DELEBECQUE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et Patrimoine*, n° 126, mai 2004, p. 56 et s.

<sup>826</sup> F. RIZZO, « Regard sur la prohibition des engagements perpétuels », *Droit et patrimoine*, janv. 2000, p. 60 et s.

<sup>827</sup> R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Paris, Rousseau, 1911, cité par Ch. MOULY, thèse préc., n° 283.

démontré que les cautionnements qui ne comportent aucune stipulation de terme n'en sont pas pour autant dépourvus de limitation<sup>828</sup>. La référence à l'obligation principale autorise la caution à bénéficier du terme de cette obligation dès lors que celle-ci en comporte un, même indéterminé<sup>829</sup>, notamment le cautionnement en garantie de bonne fin d'un marché public ou privé. C'est quand le rapport d'obligation cautionné est à durée indéterminée que son cautionnement pur et simple l'est aussi et justifie la faculté de résiliation reconnue à la caution. Seulement en droit uniforme que l'obligation principale comporte un terme ou non, lorsque la garantie revêt la forme d'un cautionnement de tous engagements, du solde débiteur d'un compte courant ou sous toute autre forme, la caution dispose de la faculté de résiliation.

**471.** Cette faculté est une faveur faite à la caution quand on sait que la référence non pas à l'obligation principale mais à un élément fondamental de l'engagement de la caution est susceptible d'en limiter la durée<sup>830</sup>. Il en va ainsi de la caution qui, même dans l'hypothèse du cautionnement général des dettes du débiteur principal, doit obligatoirement limiter son engagement à un montant maximal incluant le principal et tous les accessoires. Indifférent à l'ouverture d'une procédure collective, le plafond ainsi souligné du montant couvert peut être assimilé à un terme extinctif de l'obligation de couverture de la caution dans la mesure où, « *le cautionnement général peut être renouvelé lorsque la somme maximale est atteinte* » et surtout que ce « *renouvellement doit être exprès ; toute clause contraire est réputée non écrite* »<sup>831</sup>. A l'instar du bail renouvelé dans les procédures collectives qui produit effet comme un nouveau contrat, le contrat de cautionnement renouvelé ne peut se faire de manière tacite. A la différence de la solution de la Cour d'appel de Lomé du 17 décembre 2003<sup>832</sup> le créancier et le débiteur ou les syndics ne peuvent rééchelonner le cautionnement dans le cadre des procédures collectives sans avoir requis l'accord de la caution.

**472.** S'il ne fait aucun doute que le renouvellement d'un acte juridique suppose une extinction préalable d'un précédent acte, ce qui semble être le cas en l'espèce, par l'atteinte du montant maximal fixé, il convient d'en déduire que le droit uniforme n'autorise pas à proprement parler

---

<sup>828</sup> Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 264 ; Ph. SIMLER, *préc.*, n° 282.

<sup>829</sup> Cass. com., 4 nov. 1986, *Bull. civ. IV*, n° 197.

<sup>830</sup> Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 267. Pour une étude critique de la solution proposée, voir N. DJIMASNA (thèse préc., n° 169, p. 216), qui soutient qu'il s'agit d'une faveur injustifiée accordée à la caution. Il ajoute (p. 217) qu'« *il apparaît que les règles de fonctionnement du cautionnement "omnibus" édictées par l'OHADA, particulièrement celle relative à la limitation du montant garanti, protègent suffisamment la caution des conséquences de l'engagement à perpétuité. Dans ce cas, la reconnaissance à la caution d'un droit de résiliation unilatérale de la convention semble une mesure de protection de trop (...)* ».

<sup>831</sup> Article 9, al. 2, de l'AUS.

<sup>832</sup> CA Lomé, 17 déc. 2003, n° 245/2003, *préc.*

les cautionnements à durée indéterminée ou « *omnibus* ». Cette solution est une mesure de protection de la caution qui ne subit aucune influence du droit des entreprises en difficulté. La cessation des paiements du débiteur et l'exigence de la fourniture de caution pour garantir les engagements concordataires ou les mesures imposées par le juge ne peuvent pas constituer une cause de renouvellement implicite du cautionnement lorsque le plafond initialement fixé est atteint.

**473.** Ainsi lorsque le créancier accorde des remises d'échéance ou lorsqu'il y a un concordat de redressement comportant une clause de retour à meilleure fortune, l'obligation de la caution peut arriver à terme dès lors que le plafond fixé est atteint. Cette situation renforce la protection du dirigeant social caution d'autant plus que le conseil d'administration a l'obligation de fixer annuellement le plafond du montant autorisé<sup>833</sup>. L'avis de la CCJA du 26 avril 2000 autorise à affirmer que cette solution a un domaine étendu d'autant plus qu'elle s'applique aux banques et établissements financiers<sup>834</sup>.

**474.** L'admission du terme « résiliation » ou « rupture unilatérale » lors d'un prochain amendement de l'Acte uniforme devra permettre d'étendre ce principe protecteur de la caution au cautionnement à durée déterminée en cas de comportement grave du débiteur ou du créancier, notamment dans l'hypothèse d'un soutien abusif du créancier ou d'un crédit disproportionné ou, encore, d'une dissimulation d'actif. En plus de cette faculté de résiliation la caution bénéficie

---

<sup>833</sup> F. ANOUKAHA et autres, *OHADA, Sociétés commerciales et G. I. E., op. cit.*, n° 251 ; B. PETIT et Y. REIHARD, « Cautions, avals et garanties. Inopposabilité du cautionnement non autorisé », note sous Com., 8 déc. 1998, *RTD com.* 1999, n° 2, p. 447 ; Ph. SIMLER, « Histoire d'une impasse : la sanction du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consenties pour le compte des sociétés par actions », *Mélanges D. SCHMIDT*, Joly éd., p. 449 ; A. COURET, « Cautionnement et sociétés », *RD bancaire et fin.*, juill./août 2002, p. 219 ; R. MICHA-GOUDET, « Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement données par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable », *JCP E* 1998, p. 840.

<sup>834</sup> L'autorisation du conseil d'administration pour la garantie des engagements des tiers est prévue par l'article 449 al. 2 à 8, de l'AUDSC qui fixe les modalités de cette autorisation préalable ; en tout état de cause, elle est annuelle et doit fixer le montant plafond de l'engagement. Interrogée sur l'applicabilité aux banques et établissements financiers des dispositions de l'article 449 AUSCGIE sur le rôle du conseil d'administration dans le cautionnement de tiers, la CCJA, par avis du 26 avril 2000 a estimé que « *les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, l'article 449 dudit Acte uniforme s'applique aux banques et établissements financiers entrant dans cette détermination juridique. Les seules dérogations admises sont celles prévues par l'Acte uniforme lui-même qui renvoie à cet égard aux dispositions législatives nationales auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier* ». Cette solution est contraire à la pratique bancaire en la matière et surtout à l'article 1260 de la loi sénégalaise n° 85-40 du 29 juillet 1985 sur les sociétés commerciales selon laquelle les cautions, avals et garanties données par les sociétés exploitant des établissements bancaires ou financiers ne font pas l'objet d'une autorisation du conseil d'administration. Cette solution est la même dans la zone UEMOA, notamment, l'article 5 de la loi bancaire régissant les banques dans l'UEMOA n'exige aucune formalité particulière pour l'exercice des opérations de crédit : Loi n° 90-06 du 26 juin 1990, Journal Officiel de la République du Sénégal n° 5361 du 28 juillet 1990 : sont considérées comme des opérations de crédit, les opérations de prêt, d'escompte, de prise de pension, d'acquisition de créances, de garantie, de financement de ventes à crédit et de crédit-bail ; dans le même sens, M. Bassirou BA, « La garantie des engagements de tiers par les banques. Remarques sur l'Avis consultatif n° 2/2000 EP de la CCJA du 26 avril 2000 », *ohada.com/ohadata*, D-03-10.

aussi du droit de critique sur l'étendue et le montant de la dette cautionnée par le biais de la mention manuscrite.

## **Paragraphe 2 - Le droit de critique sur l'étendue du cautionnement**

**475. La mention manuscrite : l'élément matériel de « mesure » de l'étendue du cautionnement.** La liste des mécanismes de protection de la caution, mieux, le droit de critique proposé dans le cadre des procédures collectives peut être étendu au contenu de l'acte de cautionnement. En effet, la spécificité dans la formation du cautionnement issu du droit uniforme réside dans l'exigence légale d'un formalisme validant, traduisant sans doute le souci du législateur de ne pas répéter les lacunes du Code civil de 1804 quant à la protection de la caution. Dans l'hypothèse où le cautionnement émane d'un particulier et que le créancier est un établissement financier le contrat conclu tend généralement à entrer dans le cadre d'un statut conventionnel totalement en faveur du créancier et remplace le statut légal. Le législateur OHADA voulait sans doute éviter la destruction conventionnelle des mesures de protection de la caution et pour l'atteindre, il encadre la volonté de la caution en exigeant pour la formation du cautionnement, certaines mentions obligatoires liées à la couverture de la dette du débiteur. Le droit de poursuite indépendant du créancier contre la caution lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective peut être tenu en échec par l'interférence de l'exigence non respectée de la mention manuscrite (A), révélant ainsi le signe d'un formalisme protecteur *ab initio, omni meliore memento* de la caution (B).

### **A - L'érection du contenu de l'acte en l'élément exclusif de mesure du cautionnement**

**476. L'interférence de l'exigence légale de la mention écrite de la couverture de la dette.** En s'inspirant de la solution de la Cour de cassation française selon laquelle la mise en redressement judiciaire du débiteur principal ne fait pas obstacle à ce que le créancier poursuive la caution en paiement de la dette, tout en considérant que « *les juges du fond devaient vérifier eux-mêmes, selon les règles du droit commun, l'existence et le montant de la créance* »<sup>835</sup>, il est permis de rechercher les moyens de défense de la caution dans la mention manuscrite. La vérification de l'étendue de l'engagement de la caution lorsque les actions sont suspendues contre le débiteur ne peut valablement être démontrée lors de la poursuite dans les procédures collectives que lorsque cet engagement est constaté par un écrit valant preuve ou validité de l'acte. Utile au moment de la formation du cautionnement mais également lors de sa réalisation, l'exigence d'un écrit

---

<sup>835</sup> Cass. com., 24 sept. 2003, *RJDA*, 02/2004, n° 228.

protège la caution et confère à l'acte de cautionnement un caractère exprès contenant des mentions obligatoires (2) relatives à la dette couverte (1) mais un traitement spécial est réservé à l'engagement de la caution illettrée (3).

### **1- La couverte de la dette cautionnée justifiée par la mention manuscrite**

**476. Le caractère exprès du cautionnement.** Antérieurement au droit uniforme la mention manuscrite de droit commun ne recevait application que lorsque l'engagement de la caution est donné par acte sous seing privé. On considérait que la rédaction en forme authentique par la présence et les conseils du notaire répondait au souci d'information et de protection de la caution<sup>836</sup>. En réalité, l'article 1326 du Code civil, texte de référence en la matière, relève du paragraphe relatif à la preuve des actes sous seing privé ; l'acte authentique échapperait donc aux prévisions du texte précité<sup>837</sup>. En droit français, la mention manuscrite était exigée pour les engagements de caution souscrits par des personnes physiques non commerçantes qui ne bénéficient pas des dispositions du code de la consommation. Par contre les personnes physiques ou morales qui ont la qualité de commerçant et qui réalisent des actes de commerce étaient soumises aux dispositions de l'article 109 du code de commerce. La confrontation de ces deux textes avait conduit la première chambre civile de la Cour de cassation française à ériger la mention manuscrite en une règle de forme<sup>838</sup>. Mais la chambre commerciale de la Cour de cassation avait continué à interpréter l'article 1326 du Code civil comme une règle de preuve des cautionnements souscrits par les non commerçants, préservant la liberté de prouver les engagements de caution à l'encontre des commerçants<sup>839</sup>. En fait le cautionnement commercial donné par des non commerçants est soumis à l'exigence de la mention manuscrite. Il s'agit des dirigeants sociaux mais aussi de toute personne ayant une véritable connaissance des affaires du débiteur, entraînant une présomption de la connaissance des affaires lorsque la personne a un intérêt personnel ou patrimonial à cautionner l'obligation principale sans être nécessairement conjoint du dirigeant de l'entreprise débitrice<sup>840</sup>. Le droit uniforme a dans cette situation opté pour le caractère exprès de l'acte, érigé en condition de validité du cautionnement. Aux termes

---

<sup>836</sup> Com., 20 mars 1990, *Bull. civ. IV*, n° 19 ; *Deffrénois* 1990, art. 34809, n° 70, obs. AYNES ; Com., 11 déc. 1990, *Deffrénois* 1991, art. 35119, n° 78, obs. AYNES.

<sup>837</sup> Ph. DELEBECQUE, « Forme et preuve du cautionnement », in *Aspects contemporains du cautionnement*, *JCP E* 1992, *Cahier du droit de l'entreprise*, 2/1992, n° 4, p. 5 et s.

<sup>838</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 210, p. 155 ; P. SARGOS, « L'opération "Glasnost" de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur la jurisprudence », *Gaz. Pal.* 1988, 1, doct., 209.

<sup>839</sup> Com., 21 juin 1988, *Bull. civ. IV*, n° 212, *D.* 1989, somm. 289, obs. AYNES ; *RTD civ.* 1989, 111, obs. BANDRAC ; *JCP G* 1989, II, 21170, note Ph. DELEBECQUE.

<sup>840</sup> Com., 30 janv. 1990, *Bull. Joly*, 1990, p. 345, note Ph. DELEBECQUE ; com., 14 nov. 1989, *Bull. Joly*, 1990, p. 67, note DELEBECQUE.

de l'article 4 AUS le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation cautionnée. A peine de nullité il doit être convenu de façon expresse entre la caution et le créancier. Cette sanction de l'irrégularité de l'acte est une solution de protection de la caution qui peut être indifférente à l'ouverture ou à la clôture d'une procédure collective.

**477. La bilatéralisation implicite du cautionnement.** Il a toujours été soutenu que le cautionnement est un contrat unilatéral et que le devoir original imposé au créancier de prendre en charge pour partie la protection des intérêts de la caution ne suffit pas à rendre tout cautionnement synallagmatique<sup>841</sup>. Considéré comme un acte juridique qui constate une convention unilatérale portant sur des sommes d'argent, le contrat de cautionnement pouvait ne comporter que la signature de la seule caution pourvu que la « *mention, écrite de sa main, de la somme cautionnée en toutes lettres et en chiffres* » y figure<sup>842</sup>. L'acte pouvait donc être rédigé en un seul exemplaire et remis au bénéficiaire, le créancier. Mais la nouvelle exigence de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés suivant laquelle « *le cautionnement doit être constaté dans un acte comportant la signature des deux parties* » constitue un indice de recherche du caractère synallagmatique du cautionnement issu de l'OHADA. Traditionnellement en technique contractuelle la rédaction d'un écrit contenant obligatoirement la signature des parties ayant chacune un intérêt distinct fait présumer l'existence d'une convention synallagmatique ; l'acte doit pour sa validité être établi en autant d'exemplaires qu'il y a des parties et remis à chacune d'elles<sup>843</sup>. Cette règle se justifierait par le fait que chacune des parties étant créancière de l'autre doit posséder un titre établissant sa créance. Cette exigence légale de la signature des parties à l'acte de cautionnement pourrait incontestablement traduire les signes de l'érection du cautionnement ainsi réglementé en un contrat synallagmatique. Car si tel n'est pas le cas, il serait absurde d'imposer au créancier qui n'assumerait aucune prestation à l'égard de la caution et qui serait détenteur d'un acte constatant les seules obligations de cette dernière d'apposer sa signature sur cet acte pour en assurer la validité. Toutefois le cautionnement peut s'inscrire dans une structure synallagmatique lorsque le créancier s'oblige à des obligations contractuelles

<sup>841</sup> Sur l'ensemble de la question, J. ISSA-SAYEGH, « Présentation des dispositions sur le droit des sûretés », *ohada.com/ohadata*, D-06-09, note sous l'article 4 AUS ; I. NDIAYE et A. SAKHO, « Pratique des garanties du crédit, OHADA, Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Revue africaine des banques*, oct. 1998 ; J. G. OKEMBA-NGABONDO, « Les banques et l'usage des garanties de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Bull. OHADA*, n° spécial, 2001, p. 1, publié par l'association- Club OHADA, Brazzaville, Congo ; I. NDIAYE, « Le cautionnement dans l'acte uniforme : un contrat défiguré ou revigoré ? », *Revue sénégalaise du droit des affaires*, n° 1, janv.-juin 2003, p. 5 ; Ph. TIGER, « Douze questions sur le cautionnement et leur solution en droit OHADA », *Penant*, n° spécial 840, « Sûretés et garanties bancaires », p. 416 ; Y. KALIEU, « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », *ohada.com/ohadata*, D-03-02 ; N. DJIMASNA, « Les exigences formelles dans la formation du cautionnement OHADA », *Revue juridique tchadienne*, banque tchadienne de données juridiques, en ligne.

<sup>842</sup> La formule du « bon pour aval » est imposée par l'article 1326 du Code civil.

<sup>843</sup> Article 1325, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil.

envers la caution. Il en sera ainsi lorsque le créancier s'engage à diminuer le taux d'intérêts de la dette principale garantie et du cautionnement dans le cadre d'une procédure collective<sup>844</sup> ou lorsqu'il s'oblige à veiller à ce que le débiteur respecte une affectant précise des fonds qui lui ont été prêtés dans le cadre des engagements concordataires couvertes par le cautionnement<sup>845</sup>. De même, des leçons peuvent être tirées de la pratique abusive des banques qui conservaient l'exemplaire unique de l'acte de cautionnement pendant des dizaines d'années avant de poursuivre la caution<sup>846</sup>, même après le traitement judiciaire des difficultés du débiteur défaillant. Cette situation avait suscité une recommandation de l'Association française des Banques selon laquelle « *au moment de la conclusion du contrat, l'acte sera établi en un exemplaire original qui sera conservé à la banque et une copie qui sera obligatoirement remise à la caution* »<sup>847</sup>. Le législateur voudrait protéger la caution contre de tels abus qui ne se révéleront que lorsque la caution sera poursuivie pour défaillance du débiteur principal en érigeant le cautionnement en une convention synallagmatique signée des parties et contenant des mentions obligatoires.

## 2 - Le contenu de la mention écrite exigée par le législateur

**478. La mention du montant maximal de la garantie d'une dette déterminée.** L'article 4 AUS a consacré une tendance jurisprudentielle française en imposant que le contrat de cautionnement contienne « *la mention, écrite de la main de la caution, de la somme maximale garantie, en toutes lettres et en chiffres* ». La caution s'engage à payer la dette d'autrui en cas de défaillance ; cependant, l'étendue en montant de son engagement doit être précisée dès la conclusion du contrat de cautionnement. Il se pose la question de savoir ce que garantit la caution et combien elle devra, question source de controverses en droit français, en raison de l'absence de règles précises<sup>848</sup>. L'Acte uniforme est clair sur ce point : il exige qu'il s'agisse du

<sup>844</sup> Comp. Civ., 14 juin 1847, S. 1847, 1, 663 ; D. 1947, 1, 244 ; Req., 12 nov. 1879, DP 1880, 1, 49.

<sup>845</sup> Req., 27 nov. 1906, S. 1908, 1, 171 ; DP 1909, 1, 48.

<sup>846</sup> Y. KALIEU, art. préc ; N. DJIMASNA, art. préc. ; P. MKOU MVONDO, « L'information de la caution dans le nouveau droit des sûretés des Etats africains », *ohada.com*.

<sup>847</sup> *Banque* 1982, p. 703.

<sup>848</sup> M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, p. 134 ; P. MATET, *Le rôle de la caution (analyse de droit et sociologie)*, thèse Paris, 1978, p. 10 et s. ; F. RAINER, « Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand », *Etudes offertes à A. RIEG*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 317 et s. ; B. BOULOC, « Le cautionnement du dirigeant de société », *RJ com.* 1992, n° 4 ; M. KEITA, « Le dirigeant caution et la qualité de commerçant », *Petites affiches*, n° 102, 24 mai 1999 ; T. HASSLER, « Le dirigeant caution des dettes de la société et l'article 1326 du Code civil », *Petites affiches*, 1995, n° 38 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Cautionnement des dettes sociales par un dirigeant », *RJDA*, 1/1991, p. 10 qui affirme que « *l'excès de protection des dirigeants sociaux prêtait le flan à la critique* » ; N. DUTOUR et F. VIGNAL, « La mention manuscrite et l'acte authentique », *Deffrénois*, 28 fév. 1998, n° 4, p. 218-222 ; T. TARROUX, « Le contrat de cautionnement des obligations résultant du bail à usage d'habitation », *Administrer*, mars 2001, n° 331, p. 8 et s.

cautionnement des dettes déterminées ou de tous engagements du débiteur, que la garantie soit expressément limitée à une somme maximale.

**479.** L'engagement de la caution querellé dans le cadre des procédures collectives peut porter sur une dette déterminée. En conséquence, lorsque la caution garantit une dette déterminée, l'Acte uniforme impose que le montant de la garantie soit écrite de la main de la caution, en chiffres et en lettres et constitue le maximum auquel la caution est engagée<sup>849</sup>. Quand bien même la faculté d'étendre le cautionnement d'une obligation aux accessoires de la dette et aux frais de recouvrement de la créance est reconnue par le législateur, cette extension ne doit se faire que dans la limite de la somme maximale garantie<sup>850</sup>. L'hypothèse d'étendre le cautionnement d'une dette principale à ses accessoires ne peut se concevoir que dans le cas où le montant de la garantie donnée par la caution serait supérieur à la dette consentie au débiteur et si la caution n'avait pas limité expressément sa garantie à la couverture du principal. Ce qui revient à postuler que si la garantie accordée est inférieure ou égale au montant de la dette principale consentie, le cautionnement ne peut couvrir les intérêts, les frais de dossier ou les frais de recouvrement ou, encore, les frais occasionnés par l'ouverture de la procédure collective. Il a été jugé sur le fondement de l'article 4 AUS, par le tribunal de Yaoundé, au Cameroun, que le défaut d'indication par la caution dans l'acte de cautionnement de la somme maximale garantie est une cause de nullité du contrat de cautionnement<sup>851</sup>.

**480.** Il s'ensuit que le droit uniforme prend le contre-pied du Code civil en supprimant, de fait, le principe du cautionnement « indéfini » des obligations principales<sup>852</sup>. Il consacre, par voie de conséquence, une tendance d'ailleurs fort critiquée de la jurisprudence française qui, volant au secours des cautions poursuivies souvent pour des sommes importantes, estime que la mention manuscrite ne détermine pas seulement le principal mais fixe également un plafond comprenant même les accessoires<sup>853</sup>. Or, ces accessoires ne sont dus que si la mention manuscrite les prévoit expressément, notamment, par des formules telles que « *la somme de X francs, outre intérêts, frais de recouvrement et accessoires (...)* »<sup>854</sup>. Désormais, lorsque la caution garantit une dette déterminée, une somme précise doit être mentionnée au titre de cette garantie et doit en

---

<sup>849</sup> Article 4, al. 2, préc.

<sup>850</sup> Article 8, al. 2, de l'AUS.

<sup>851</sup> TPI Yaoundé Centre Administratif (Cameroun), 8 juill. 2004, jugement n° 794/C, affaire Tioma Hélène, Kamche SARL c/C. Mme Chembou et autres, *ohada.com/ohadata*, J-04-418.

<sup>852</sup> Ancien article 2016 du Code civil.

<sup>853</sup> M. CABRILLAC et Ch. MOULY, préc., p. 143 et s. ; M. STORCK, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1986, *JCP* 1988, II, 20921.

<sup>854</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1986, somm. p. 444 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juill. et Com., 24 oct. 1995, *D.* 1996, somm. 226.

constituer le plafond. Il n'est donc pas question de cautionner indéfiniment une dette, même précisée dans son montant.

**481. La limitation de l'engagement de la caution au principal et la théorie de l'imputation prioritaire.** Dès lors que le cautionnement est limité au principal de la créance, la caution ne peut être appelée que pour le montant en principal de la dette à l'exclusion des intérêts qui sont courus contre le débiteur garanti du fait de l'inobservation de sa parole donnée à l'échéance<sup>855</sup>. Dans cette hypothèse, si le débiteur avait effectué des paiements partiels, ceux-ci seront-ils imputés, en application de l'article 1254 du Code civil, en priorité sur les intérêts dont il est redevable ou sur le capital ? Il semble que ce sont uniquement les paiements effectués par la caution, dont l'engagement est limité au principal qui doivent, en vue de déterminer le solde restant dû par celle-ci, être imputés sur le capital<sup>856</sup>. Cette solution d'imputation semble provenir de ce que, pour le calcul du solde restant dû au créancier par le débiteur garanti, les paiements effectués par la caution, même à concurrence du principal, seraient soumis à l'article 1254 du Code civil. Dans ce sens, un arrêt de la Cour de cassation belge du 20 décembre 1850 a décidé que si la caution s'exécute et verse un montant équivalent au principal de la créance, ce montant sera imputé, à l'égard du débiteur (mais non à l'égard de la caution qui n'est tenue qu'au principal), en priorité sur les intérêts dont le débiteur est redevable, alors même qu'il s'agit d'intérêts échus après la faillite, puisque l'arrêt du cours des intérêts n'a lieu qu'à l'égard de la masse et non à l'égard du débiteur pris individuellement<sup>857</sup>.

**482.** Il importe de s'inspirer de l'évolution de la matière en droit français où il est interdit au créancier l'imputation des paiements partiels sur les intérêts dans ses rapports entre la caution et le créancier. En effet, la loi française relative à l'épargne et à la sécurité financière n° 99-532 du 25 juin 1999 a complété l'article 48, al. 2, de la loi de 1984 en disposant que « *les paiements*

---

<sup>855</sup> Com., 4 fév. 2003, *D.* 2003, AJ, p. 689 (cassation de l'arrêt, Versailles, 29 juin 2000). La caution peut maladroitement s'engager pour un montant déterminé en principal, sans autre précision, permettant d'élargir la couverture aux accessoires et frais de recouvrement du fait de la procédure collective. Pour dire que l'engagement de la caution était limité aux sommes dues en principal à une banque, une cour d'appel retient que, lorsque la caution s'est seulement engagée pour une somme déterminée en principal, son engagement ne s'étend pas aux intérêts et accessoires. Mais cette décision a été cassée, au motif qu'en statuant ainsi, alors que dans le corps de l'acte de cautionnement, la caution s'était engagée à garantir le paiement ou le remboursement de toutes sommes que la société peut ou pourra devoir à la banque en principal, intérêts, commissions, frais et accessoires et que cet acte mentionnait de sa main que celle-ci se « *portait caution solidaire à concurrence de la somme de 400 000 FF en principal* », ce dont il résultait, en l'absence de contradiction entre les termes de l'acte et de la mention manuscrite, qu'il importait peu que cette mention ne fasse pas état des intérêts et accessoires.

<sup>856</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 juill. 1995, *Bull. civ.* I, p. 218 ; Com., 11 juin 1996, *D. Aff.* 1996, p. 950: il faut bien sûr réserver l'hypothèse où la caution, bien que son cautionnement soit limité à la dette en principal du débiteur, est mise en demeure de s'exécuter et où, partant, des intérêts de retard peuvent lui être réclamés en raison de son propre retard dans le paiement.

<sup>857</sup> Cass. belge, 20 déc. 1850, *Pasicrisie*, 1851, I, p. 228.

effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement de crédit, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette »<sup>858</sup>. Il s'ensuit que le paiement partiel effectué par le débiteur ne pourra s'imputer que sur le principal. La mise en place de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des contrats peut permettre de fixer les opinions sur cette question.

**483. Pour la mention manuscrite du taux d'intérêt.** De plus, la question qui se pose encore est celle de savoir si le taux des intérêts doit être mentionné par la caution. L'Acte uniforme est muet sur ce point. La solution à cette question a constitué, pendant un moment, un îlot d'incertitude tenant à une divergence entre la chambre commerciale et la première chambre civile de la Cour de cassation française au sujet de la garantie des intérêts conventionnels produits par la dette principale. Un arrêt rendu le 9 mars 2004 semble apporter une clarification, mettant fin à ces divergences entre la première chambre civile et la chambre commerciale<sup>859</sup>. Trois règles sont posées par cette décision : d'abord, la caution doit indiquer qu'elle garantit les intérêts ; ensuite, le taux conventionnel doit être indiqué par écrit<sup>860</sup> ; enfin, ce taux n'a pas à être indiqué dans un cautionnement de dettes futures.

**484.** Cette solution du droit français peut inspirer le juge OHADA. Cependant, la troisième règle permet la couverture de taux dont la fixation interviendra ultérieurement. M. Aynès a fait observer que le cautionnement des dettes futures, considéré comme le plus dangereux, est paradoxalement le moins protégé, au regard de cette solution<sup>861</sup>. Elle autorise toutefois à soutenir que la protection de la caution n'est pas uniforme et dépendra en pratique des circonstances. L'exigence de la mention manuscrite est également valable pour la caution qui garantit des dettes indéterminées en montant.

**485. La mention du montant maximal de la garantie de tous engagements.** Le problème soulevé dans la procédure collective du débiteur principal lorsque la caution est poursuivie peut

---

<sup>858</sup> J-L. COUDERT, « Information des cautions et incidence de la loi du 25 juin 1999 : comment s'applique l'imputation au principal ? », *Petites affiches*, 21 mars 2000, n° 57, p. 12 et s.

<sup>859</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 2004, *Bull. civ. I*, n° 77.

<sup>860</sup> Sur la mention du taux d'intérêts, Ch. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, préface I. MOREAU-MARGREVE, éd. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Liège, 1998, p. 103, n° 53. En réalité, aux termes de l'article 1907 alinéa 2 du Code civil, le taux d'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit; le compte rendu de la genèse du texte cité précise que « *M. Treilhard propose d'ajouter qu'on aura égard aux conventions d'intérêts que lorsqu'elles seront rédigées par écrit: autrement la stipulation sera réduite au taux de l'intérêt légal* », voir la discussion du Conseil d'Etat sur le titre du prêt, FENET, *op. cit.*, t. 14, 1827, p. 439.

<sup>861</sup> L. AYNES, « Actualité des sûretés réelles et personnelles », *Rev. Lamy droit civil*, fév. 2005, n° 13, pan. p. 13.

être celui du cautionnement «*omnibus*». Dans cette hypothèse, la caution garantit des dettes indéterminées et indéterminables, à caractère évolutif, c'est-à-dire, des dettes dont personne, au moment de son engagement, ne connaît ni le montant exact, ni l'étendue. Ces dettes ne sont seulement déterminables que par la référence faite au débiteur et au créancier : la caution garantit ce que devra le débiteur principal au jour où le créancier exigera paiement. Le problème peut se poser surtout dans le cadre des procédures collectives, au regard des différés des délais de paiement, de l'arrêt du cours des intérêts ou de la suspension des paiements, susceptibles de générer des dommages et intérêts ou des pénalités<sup>862</sup>. Telle est la position du problème en matière de cautionnement de tous engagements du débiteur. Lorsque la caution prend de tels engagements, le législateur exige que le contrat de cautionnement soit conclu, sous peine de nullité, pour un montant maximal librement déterminé entre les parties, incluant le principal et tous accessoires<sup>863</sup>. Ce cautionnement ne s'entend, sauf clause contraire expresse, que de la garantie des dettes contractuelles directes et si le montant des dettes couvertes atteint la somme maximale prévue, le cautionnement ne peut subsister que par un renouvellement exprès, fixant un autre montant maximal<sup>864</sup>. Cette solution ne peut subir l'influence du droit des procédures collectives et constitue l'un des mécanismes de protection de la caution<sup>865</sup>.

**486.** Il importe que la rédaction de l'acte de cautionnement contienne «*une mention exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite, la connaissance par celui qui s'engage de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'il contracte*»<sup>866</sup>. Dans cette hypothèse, des formules recensées font apparaître, en pratique, l'impossibilité de souscription d'un cautionnement de dettes non déterminées d'un montant indéterminé, appelé cautionnement «*omnibus*». La formule «*Lu et approuvée*» est insuffisante<sup>867</sup>, la formule «*Bon pour caution solidaire*» est en général insuffisante<sup>868</sup>, la formule «*Bon pour caution solidaire et indivisible sans limitation de*

---

<sup>862</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juill. 1978, *D.* 1979, IR, p. 149 : la difficulté résidant dans la détermination suffisante des obligations garanties, il faut que la référence aux dettes couvertes par le cautionnement permette d'en cerner l'étendue et, par conséquent, traduise la conscience qu'a la caution de la portée de son engagement. Il sera donc question non seulement de respecter les dispositions de l'article 1129 du Code civil, en ce que l'objet de l'obligation de la caution, à savoir la dette du débiteur principal, doit être déterminé ou déterminable mais aussi de tenir compte de la combinaison jurisprudentielle des articles 1326 et 2015 dudit Code au terme de laquelle, une mention dans le contrat doit exprimer la connaissance que la caution avait de la nature et de l'étendue de son obligation.

<sup>863</sup> Article 9 al. 1 AUS

<sup>864</sup> Article 9 al. 2 AUS

<sup>865</sup> Req., 1<sup>er</sup> mars 1853, *D.* 1854, 1, 348 ; A. C. KOUAKOU, *La portée du caractère accessoire du cautionnement*, thèse Nice, 1985, p. 16 et s.

<sup>866</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juill. 1978, *D.* 1979, IR, p. 149.

<sup>867</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 1991, *D.* 1991, IR, p. 278.

<sup>868</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 8 déc. 1987, *Deffrénois* 1988, p. 474, obs. L. AYNES, sauf pour une caution parfaitement intégrée aux affaires du débiteur, Com. 1<sup>er</sup> juin 1993, *JCP E* 1993, II, 488, note D. LEGEAIS ; *Droit soc.* 1993, 783, note GAVALDA ; Ch. MOULY, «*La grand-mère et le cautionnement omnibus*», *RJDA*, 1993, études et doctrine, p. 679.

*montant* » a été regardée comme suffisante<sup>869</sup> ; en revanche, la formule « *Bon pour caution solidaire à concurrence de tous engagements* » du débiteur envers la banque est parfois insuffisante<sup>870</sup> alors que la formule « *Bon pour caution dans les termes ci-dessus* » a été parfois admise<sup>871</sup>. L'enseignement fondamental de l'ensemble des formules utilisées autorise à soutenir que ces formules doivent s'apprécier, plus ou moins sévèrement, suivant la qualité de la caution et de la connaissance des relations du débiteur et du créancier. En ce qui concerne les cautions averties, l'élément essentiel d'appréciation est la détention du pouvoir dans l'entreprise et non de son capital.

**487.** La jurisprudence, dans l'espace OHADA, est dans cette logique car, dans un arrêt du 15 mars 2001, la Cour suprême de la Côte d'Ivoire a décidé que le cautionnement qui ne précise pas le montant précis des sommes cautionnées et se contente d'indiquer que celui-ci est donné « *à hauteur de tous les engagements visés par le présent acte* » n'est pas régulier<sup>872</sup>. En tout état de cause, la caution qui ne sait lire ou ne peut écrire n'est pas concernée par les formalités évoquées ci-dessus car une procédure spéciale est prévue pour s'assurer de la réalité et de la validité de son engagement.

### **3- Les exigences particulières en faveur de la caution illettrée**

**488. La caution illettrée : une caution profane.** La caution personne physique qui agit dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle, en particulier, pour rendre service au débiteur dont il est affectivement un proche, dispose le plus souvent de connaissances limitées en matière de crédit et de garanties. De plus, il ne peut exercer à l'encontre du débiteur qu'un pouvoir de nature psychologique et non juridique. La caution illettrée figure parmi ces cautions qualifiées de profanes. Le cautionnement issu du droit uniforme est un contrat écrit passé entre le créancier et la caution. Cependant, conscient de

<sup>869</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 12 nov. 1987, *Defrénois* 1987, p. 474, obs. L. AYNES ; Com., 18 avril 1989, *D.* 1989, somm. 291, obs. AYNES, *Banque et Droit* 1990, n° 9, obs. GUILLOT ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 avril 1991, *D.* 1991, somm. 383, obs. AYNES, *RTD civ.* 1991, 570, obs. BANDRAC.

<sup>870</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 13 oct. 1987, *Defrénois* 1987, p. 446, obs. AYNES, mais elle est parfois acceptée, Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 1989, *Bull. civ.* I, n° 108 et 109 ; *JCP G* 1989, II, 21317 et *JCP E* 1990, II, 15737, obs. LEGAIS, *D.* 1989, somm. 290, obs. AYNES ; *D.* 1990, 177, note MOULY ; *Banque* 1989, 758, obs. RIVES-LANGE.

<sup>871</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 1989, préc. contra, Com., 31 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n193, p. 155, mais la seule qualité de conjoint du dirigeant est jugée insuffisante, Civ. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 1994, Con. cons. 1995, n° 50 ; Com., 18 fév. 1992, *Bull. civ.* n° 76 ; *Defrénois* 1992, art. 35503, n° 69, obs. AYNES ; Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mars 1992 et 22 avril 1992, *Defrénois* 1992, art. 3503, n° 70, obs. AYNES ; *RTD civ.* 1992, obs. BANDRAC. Elle est suffisante pour un dirigeant d'entreprise mais non pour associé, même majoritaire, Com. 31 mai 1994, *JCP E* 1994, II, 675, note DESPAQUIS ; Com., 6 juill. 1993, *RJDA*, 1993, 679, obs. MOULY, in « La grand-mère et le cautionnement omnibus », préc.

<sup>872</sup> Cour suprême de Côte d'Ivoire, Chambre judiciaire, 15 mars 2001, n° 137/2001, affaire SOCGIEX-CI et PROMOTO c/BCICI, *Actualités juridiques*, n° 40, p. 28 ; *ohada.com/ohadata*, J-04-67.

l'enracinement de la tradition orale en Afrique et du taux élevé de l'illettrisme dans cette région du monde, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés a prévu des mentions spéciales dispensant la caution qui « ne sait ou ne peut écrire », des formalités de la mention manuscrite.

**489.** Or, il peut arriver que le débiteur qui doit fournir caution pour garantir des engagements avant l'ouverture des procédures collectives ou pour garantir les engagements concordataires n'ait trouvé qu'une caution illettrée. Dans la mesure où l'écrit n'est pas vraiment ancré dans les mœurs, le respect strict de la logique de l'écrit contribuerait à exclure un grand nombre de personnes des opérations du cautionnement, étant entendu qu'aujourd'hui les systèmes financiers décentralisés s'implantent dans toutes les localités et exigent souvent les mêmes garanties que les banques classiques. Néanmoins, eu égard aux risques courus, des mentions, à titre de règles spéciales de protection de l'analphabète contre son incapacité à comprendre le texte du contrat, sont exigées<sup>873</sup>. Ces mentions doivent permettre l'identification de la caution illettrée et attester en même temps que la nature et les effets de l'acte souscrit lui ont été précisés par les certificateurs pour éviter toute surprise dans le cadre d'une action du créancier lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective<sup>874</sup>.

**490. Du choix des certificateurs.** Le problème du choix des témoins certificateurs ayant une certaine capacité et moralité peut se poser. Logiquement, c'est à la caution illettrée de choisir ou, à tout le moins, d'agréer les témoins qui lui sont proposés pour l'assister. Ce choix étant fait *intuitu personae*, son cocontractant ne saurait lui imposer un ou deux témoins de son choix et l'on ne saurait non plus substituer les témoins sans son accord exprès. Ces témoins doivent être nécessairement lettrés, majeurs et jouir de leurs droits civils. Il serait inconcevable en effet qu'un mineur, même poursuivant ses études supérieures ou un majeur incapable puisse utilement, voire valablement, assister un majeur dans la prise d'engagements que lui-même ne peut souscrire puisqu'il est supposé incapable de les apprécier. En raison de l'illettrisme de la caution et du rôle prépondérant dévolu aux témoins certificateurs les risques de faux, de dol, d'erreur, de violence sont plus grands, notamment lorsque ceux-ci se trompent et induisent en erreur celui qu'ils sont chargés d'assister. Il n'est pas non plus exclu que ces témoins certificateurs puissent

---

<sup>873</sup> Il appartient normalement à la caution illettrée de prouver son illettrisme. Il s'agit de la preuve d'un fait négatif. C'est la position de la jurisprudence française (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avr. 1979, *JCP* 1979, IV, p. 204) qui a admis la nécessité pour un artisan de prouver qu'il est illettré. Voir également, J. LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *RTD civ.* 1953, p. 1- 48.

<sup>874</sup> Selon J. ISSA-SAYEGH (« La certification des actes des personnes qui ne peuvent ou ne savent signer », *Penant*, janv.-mai 1991, p. 118- 119), ce genre de texte doit être interprété restrictivement, de façon à ce que les personnes qui ne peuvent signer physiquement s'attachent les services d'un notaire ou d'un mandataire. Cependant, NKOU MVONDO, (*op. cit.*, p. 273-274), conditionne le degré de protection à la distinction entre la caution lettrée qui ne peut écrire et qui ne peut lire, d'une part, et la caution qui ne peut écrire mais qui peut lire, d'autre part.

volontairement nuire à l'illettré, en étant, par exemple, de connivence frauduleuse avec l'autre partie contractante. L'Acte uniforme, en admettant la possibilité de nullité du concordat en cas de dol résultant d'une dissimulation d'actif ou d'une exagération du passif, autorise la libération des cautions ayant garanti le concordat<sup>875</sup>. Cependant, en ce qui concerne les cautions engagées antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, elles ne sont pas libérées même en cas de résolution du concordat<sup>876</sup>.

**491.** Il en résulte que la procédure spéciale de formation du cautionnement souscrit par un illettré, loin de protéger efficacement la caution, peut non seulement lui nuire mais aussi porter atteinte à la stabilité de la convention, par les nombreuses possibilités de sa remise en cause au moment de la poursuite de la caution dans le cadre des procédures collectives du débiteur principal. Du reste, les formalités exigées ont pour finalités de protéger la caution, même en cas de procédure collective, étant donné que l'exécution du contrat ne fait pas obstacle à l'exception de nullité dont se prévaut la caution<sup>877</sup>.

## **B- La portée protectrice de la caution de la mention manuscrite**

**492. Un formalisme protecteur *ab initio*.** Les diverses exigences relatives au contenu de l'acte de cautionnement ont une portée évidente sur l'engagement de la caution lorsqu'elle est poursuivie dans le cadre des procédures collectives d'autant plus qu'elle peut se servir de l'acte comme mode de preuve ou que l'irrégularité de l'acte rend nul l'engagement, traduisant donc l'expression d'un formalisme protecteur de la caution *ab initio*. La constance de la protection de la volonté par le formalisme, on voudrait en trouver plus particulièrement l'illustration dans le régime du cautionnement et, précisément, de la mention manuscrite exigée afin d'information et de protection de la caution<sup>878</sup>. L'ouverture de la procédure collective est donc sans incidence sur cette mesure. L'application combinée des articles 1326 et 2015 d'où résulterait l'exigence d'une mention écrite de la main de la caution et comportant indication en toutes lettres et en chiffres du montant de la somme cautionnée a été reprise par le droit uniforme, consistant un facteur

<sup>875</sup> Article 140, alinéa 2, de l'AUPC.

<sup>876</sup> Article 139-3°, alinéa 3, de l'AUPC.

<sup>877</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2006, *Juris-Data*, n° 2006-035753; *RD bancaire et fin.*, janv.-fév., 2007, p. 16, note A. CERLES. En l'espèce, un prêt avait été souscrit en 1991. Ce prêt avait été cautionné. La banque poursuivit les cautions en 1997. Celles-ci invoquèrent la nullité du contrat. L'exception de nullité fut rejetée par une Cour d'appel au motif que l'exception ne pouvait être opposée au prêteur postérieurement à l'expiration du délai de prescription de cinq ans dès lors que le contrat de prêt a été exécuté. Cependant, la Cour de cassation casse la décision au motif que l'acte juridique en exécution duquel le créancier agissait à l'encontre des cautions était non pas le contrat de prêt mais le cautionnement garantissant celui-ci.

<sup>878</sup> G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Deffrénois*, 15 août 2000, n° 15-16, p. 880 et s.

d'efficacité et d'équilibre recherchés par le législateur. Dans l'état actuel du droit positif français, cette exigence est présentée comme une règle de preuve. Elle n'en a pas moins « *pour finalité la protection de la caution* »<sup>879</sup>. Mais en droit OHADA, elle est une condition de validité de l'engagement de la caution.

**493.** Il en résulte que le formalisme exigé implique une forme « *impérative, c'est-à-dire imposée, sans équivalent possible, pour donner valeur juridique à la manifestation de volonté* »<sup>880</sup>. Il s'agit d'un point de définition dont on ne saurait s'écarter. Il ne s'impose pas pour autant de s'en tenir à une conception étroite du formalisme selon laquelle « *il n'y a de formalisme, au sens étroit du terme, que si le consentement doit être exprimé, à peine de nullité, dans une forme déterminée* »<sup>881</sup>. Dès lors qu'on parle de formalisme, l'efficacité de l'acte accompli ou de telle de ses dispositions est en cause d'une manière ou d'une autre, mais on ne doit pas être enfermé pour autant dans un système rigoureusement binaire nullité-validité. Flour empruntait à Gény une formule très élaborée selon laquelle « *le formalisme commence lorsque la loi détermine les modes admissibles d'expression de la volonté, sans équivalent possible, de sorte que si ces prescriptions ne sont pas respectées, la manifestation de volonté est frappée d'inefficacité juridique à un degré quelconque* »<sup>882</sup>. On ne saurait mieux dire, il faut tout au plus ajouter que l'inefficacité est susceptible en effet de bien des degrés, qu'elle connaît bien des variantes dans l'espace OHADA selon le moment de conclusion de l'acte de cautionnement, soit avant, soit après l'entrée en vigueur du droit uniforme.

**494. Le rôle de la mention manuscrite avant le droit OHADA.** En décidant que le cautionnement qui ne précise pas le montant précis des sommes cautionnées et se contente d'indiquer que celui-ci est donné « *à hauteur de tous les engagements visés par le présent acte* » viole l'article 1326 du Code civil et n'est pas régulier, la Cour suprême de la Côte d'Ivoire<sup>883</sup> s'est servie sans doute de l'acte de cautionnement comme mode de preuve. En réalité, dans les systèmes dérivés du droit français et, d'une façon précise en ce qui concerne les contrats de cautionnement conclus avant l'entrée en vigueur du droit OHADA, si la mention manuscrite fait défaut ou est irrégulière le cautionnement n'est pas nul. Le contrat passé peut même constituer un commencement de preuve par écrit susceptible d'être complété par des éléments

<sup>879</sup> Cette finalité a été explicitement visée dans le motif de droit de l'arrêt, Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 1989, *Defrénois*, 1990, art. 34761, n° 21, p. 441, note L. AYNES ; *D.* 1990, 177, note MOULY ; *JCP G* 1990, II, 21242, note D. LEGEAIS.

<sup>880</sup> J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Etudes Ripert*, Le droit privé français au milieu du XXe siècle, t. 1, p. 93, et spéc. n° 9, p. 101.

<sup>881</sup> J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, LGDJ, 3<sup>e</sup>, éd., 1993, n° 429.

<sup>882</sup> J. FLOUR, préc., n° 4, p. 96.

<sup>883</sup> Cour suprême de Côte d'Ivoire, chambre judiciaire, 15 mars 2001, préc.

extrinsèques. Mais la preuve complémentaire alors nécessaire ne porte pas sur l'existence ou le montant de l'engagement ; elle porte sur les conditions dans lesquelles la caution a consenti : il faut établir qu'elle « *avait eu conscience de son engagement* »<sup>884</sup> .

**495.** Le débat porte alors directement sur la qualité, la « densité » du consentement de la caution<sup>885</sup>. L'irrégularité de la mention manuscrite débouche sur un contrôle particulier opéré par le juge sur la conscience qu'avait la caution de la portée de son engagement. Plus simplement, l'objectif de protection de la volonté se retrouve dans le principe qu'évoque le Conseil d'Etat français dont « *s'inspirerait l'article 1326 du Code civil et selon lequel toute convention comportant un engagement unilatéral de payer une somme d'argent doit, dans l'intérêt de la personne qui le souscrit, exprimer de façon non équivoque la connaissance qu'a celle-ci de la nature et de l'étendue de son engagement* »<sup>886</sup>. Dans ce système jurisprudentiel complexe la règle de preuve dépasse la règle de forme et touche à des exigences de fond qui ne subissent pas l'influence du droit des procédures collectives.

**496. La sanction de la mention manuscrite après l'entrée en vigueur du droit OHADA.** Le maintien du droit du cautionnement dans les procédures collectives retrouvé à travers la mention manuscrite n'est pas aboli par le droit uniforme, au contraire, il a œuvré pour son renforcement. Une question délicate concerne les contrats de cautionnement conclus après l'entrée en vigueur du droit OHADA mais en référence à un texte interne ne précisant pas la forme de cautionnement retenu. En fait, en référence au décret ivoirien, n° 95-637 du 23 août 1995, mettant à la charge des exportateurs de café-cacao une obligation de constituer caution, un acte de cautionnement a été conclu mais n'a pas précisé la forme de cautionnement fourni. Il a été décidé qu'ils sont soumis à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998, soit avant la date de la signature des actes de cautionnement. La CCJA, dans un arrêt en date du 19 octobre 2003, a régulièrement décidé que l'Acte uniforme portant organisation des sûretés étant d'application directe et obligatoire dans les Etats parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne antérieure ou postérieure s'applique aux actes de cautionnement postérieurs à son entrée en vigueur, conformément à l'article 150 dudit Acte ; qu'une norme de droit interne viole les articles 4 et 150 de l'Acte susvisé, motif pris de ce que les parties en n'exigeant pas les prescriptions de l'AUS ont renoncé aux dispositions dudit Acte. Par conséquent, la décision attaquée encourt la cassation. S'agissant du sort des actes conclus elle a décidé qu'ils doivent être annulés pour violation de l'article 4 AUS, les actes de

---

<sup>884</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 fév. 1999, *D.* 1999, 411, note P. ANCEL.

<sup>885</sup> P. ANCEL, note sous Civ. 23 fév. 1999, préc., p. 412.

<sup>886</sup> CE, 28 juin 1996, Krief, *RJDA*, 2/1997, n° 248.

cautionnement ne comportant ni signature du bénéficiaire, ni la mention écrite de la main, de la somme maximale garantie<sup>887</sup>.

**497.** La solution de cet arrêt rendu en droit commun sera la même dans le droit des procédures collectives dans la mesure où, aucune règle expresse de cette branche du droit privé n'affecte l'application de la règle de la mention manuscrite dans la « faillite » du débiteur<sup>888</sup>. Un jugement du tribunal de Gagnoa, en Côte-d'Ivoire a aussi décidé que le cautionnement devant être convenu à peine de nullité, de façon expresse, entre la caution et le créancier, les prétentions du demandeur sont mal fondées dès lors qu'aucune preuve du contrat du cautionnement n'est rapportée<sup>889</sup>. Fort curieusement le tribunal de première instance d'Abidjan a pu décider que dès lors que l'acte de cautionnement qui ne comporte pas la signature du créancier est nul, le débiteur garanti, bien que tiers au contrat de cautionnement a intérêt à agir en nullité de cette convention<sup>890</sup>. Cette dernière solution rapproche davantage le débiteur et la caution à l'intérieur de l'opération du cautionnement et semble reconnaître la possibilité pour l'un et l'autre d'invoquer pour leur défense en droit commun ou en droit des procédures collectives les imperfections qui affectent leurs rapports d'obligation réciproques.

**498.** Cependant, au-delà de cette exigence de souscription à l'avance d'un montant maximal garanti, il y a lieu de s'interroger sur la compatibilité au plan juridique entre la formalité du « bon pour » des actes unilatéraux portant sur des sommes d'argent (mention manuscrite) et le caractère bilatéral que le législateur OHADA semble vouloir imprimer au cautionnement. Il est de notoriété que les conventions bilatérales requièrent plutôt une formalité différente, la formalité du « double ». La coexistence des exigences d'un « *contrat écrit signé des deux parties* » et de « *la mention, écrite de la main de la caution, de la somme maximale garantie, en*

---

<sup>887</sup> CCJA, 19 oct. 2003, arrêt n° 18/2003, Société AFROCOM c/ Caisse de Stabilisation et de Soutien des Prix des Productions Agricoles dite CSSPPA, *Le juris-OHADA*, n° 04/2003, p. 10, note M. BROU KOUAKOU ; *Recueil de jurisprudence de la CCJA*, n° 2, juill.-déc. 2003, p. 30.

<sup>888</sup> « *Les exigences relatives à la mention manuscrite ne constituent pas de simples règles de preuve, mais ont pour finalité la protection de la caution* » : Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 210, p. 155. Ainsi était justifiée l'application relative au mandat de se porter caution : Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 163, p. 113 ; *Defrénois*, 1988, art. 34325, n° 95, p. 1193, note L. AYNES. Par la suite, il a été jugé que « *le mandat sous seing privé de se porter caution doit comporter, lorsque le montant de l'obligation cautionnée est déterminable au jour de l'engagement de la caution, la mention écrite de sa main de la somme en toutes lettres et en chiffres* » : Civ. 1<sup>re</sup>, 2 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 282, p. 197 ; *Defrénois* 1996, art. 36526, p. 390, n° 38, note L. AYNES ; p. 405, n° 50, note A. BENABENT ; *RTD civ.* 1996, 665, obs. M. BANDRAC ; *Com.*, 27 nov. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 3664, p. 250 ; *Defrénois* 1993, art. 35445, p. 168, note M. BEAUBRUN ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 286, p. 198 ; *Defrénois* 1996, n° 75, p. 807, note L. AYNES.

<sup>889</sup> TPI Gagnoa, 4 juin 2003, jugement n° 79, affaire O. c/V., *Le juris-OHADA*, n° 03/2004, juill.-août, 2004, p. 41 ; *ohada.com/ohadata*, J-04-388.

<sup>890</sup> TPI Abidjan, 22 mars 2001, n° 31, CSSPA c/ Société AFROCOM, Ecobank et BACI, *Rev. Ecodroit*, n° 1, juill.-août, 2001, p. 39 ; *ohada.com/ohadata*, J-02-22.

*toutes lettres et en chiffres* » jette quelque peu une ambiguïté sur la nature juridique du cautionnement issu du droit OHADA. Une certaine clarification est attendue de l'interprétation que donnerait la CCJA lorsqu'elle serait saisie d'un contentieux en la matière.

**499. Conclusion de la section 2** - Le maintien du cautionnement dans le droit des procédures collectives peut s'observer dans le droit de critique reconnu à la caution par le truchement des moyens de défense appartenant au débiteur, qu'ils soient inhérents à la dette ou personnels au débiteur, dès lors que l'hypothèse envisagée affecte la dette garantie. Cette solution peut protéger la caution dans une certaine mesure en ce qu'elle peut se décharger dès lors que sa prétention est « réelle et sérieuse » pour entraîner la rupture du lien contractuel même dans le cadre des procédures collectives. Cette logique est également vraie pour l'exigence légale de la mention manuscrite. Au-delà de son rôle probatoire ou de validité, la mention manuscrite est implicitement érigée en un « élément exclusif de mesure » de l'étendue de l'engagement de la caution, ayant pour « finalité la protection de la caution ».

## Conclusion du chapitre I

**500.** La dangerosité est un trait caractéristique de l'engagement de la caution<sup>891</sup>, voire inhérente à la nature de cette sûreté que ne doit ignorer la « *judiciarisation* » des procédures collectives, « *vilain néologisme* » imaginé, exprimant l'idée selon laquelle le sauvetage de l'entreprise ou du débiteur en difficulté est l'affaire des juges et du tribunal<sup>892</sup>. A ce titre, les mesures légales spéciales de protection de la caution peuvent lui permettre de se dégager, dans le cadre des procédures collectives, comme « *une gazelle du filet, et comme l'oiseau du piège de l'oiseleur* »<sup>893</sup>. L'engagement de la caution « souvent pris à l'aveuglette » pourtant regardé comme un « *contrat d'une véritable utilité publique* » ou, encore, un « *moyen essentiel d'accès au crédit* » mais « *souvent fatal à la caution* » peut conduire à une reconnaissance d'un ordre public de protection de la caution. Cette idée émerge de la limitation de la garantie à un montant déterminé ou à la valeur de réalisation d'un bien. Elle est également inhérente au droit de critique

---

<sup>891</sup> A. CERLES et M. SEJEAN, « Le cautionnement: du Code civil au code de la consommation ou les illusions de la protection », *Etudes offertes à Philippe SIMLER*, Litec/Dalloz, 2006, p. 273 et s. spéc. p. 277.

<sup>892</sup> F.-X. LUCAS, « Le sort du débiteur », in « Echanges sur la loi de sauvegarde des entreprises : de la côte d'or à la Côte d'Azur », colloques de Dijon (LDPA-10 mars 2006) et de Nice (CRAJEFE-1<sup>er</sup> avril 2006), *Petites affiches*, n° spécial, 14 juin 2007, p. 60.

<sup>893</sup> La Sainte Bible, Ancien Testament, Proverbes 6, 1-5: « *Mon fils, si tu as donné un gage pour autrui, si tu as répondu pour un étranger, si tu es lié par des paroles de tes lèvres, si tu es captif des paroles de ta bouche, fais donc ceci, mon fils: dégage-toi, puisque tu es entre les mains de ton prochain; va, hâte-toi, et presse-le avec insistance, point de sommeil à tes yeux, point de repos à tes paupières. Dégage-toi comme la gazelle du filet, et comme l'oiseau de la main de l'oiseleur* ».

reconnu à la caution pour sa défense en se servant à titre principal des mentions contenues dans l'acte.

**501.** En principe, la prévention des difficultés des entreprises, comme celle des situations de surendettement, constitue un objectif législatif essentiel qui peut être atteint par le respect des intérêts légitimes des garants dans le droit des sûretés personnelles. Néanmoins, l'efficacité commande une sorte d'équilibre dans tout contrat qu'elle que soit sa nature, synallagmatique ou unilatérale. Le caractère unilatéral des sûretés personnelles peut paraître certes étranger à toute recherche d'équilibre. Cependant, le déroulement de la procédure collective ne doit pas affecter de manière préjudiciable à la caution les règles de droit commun de protection de celle-ci par les remises consenties au débiteur et affectant l'étendue de la garantie. Le maintien aménagé du cautionnement et l'efficacité de la garantie résideront donc dans la prise en compte des droits de la caution, observés dans les moyens de défense inhérents à la dette et au contenu de l'acte de cautionnement mais aussi dans la mise en œuvre des devoirs légaux à la charge du créancier.

## CHAPITRE II - LE MAINTIEN DES DEVOIRS LEGAUX A LA CHARGE DU CREANCIER

**502. La « bilatéralisation » du cautionnement par les devoirs légaux à la charge du créancier.** Le maintien du droit du cautionnement dans les procédures collectives du débiteur principal peut être envisagé dans la mise en œuvre des « devoirs légaux » à la charge du créancier. En principe, la caution ne s'engage pas pour s'attendre, en contrepartie, à des prestations à la charge du créancier ; elle s'engage uniquement pour payer le créancier<sup>894</sup>. Il a été soutenu, dans ce sens, que le créancier n'assumerait pas « d'obligations véritables » à l'égard de la caution<sup>895</sup>. Néanmoins, des droits et obligations divers naissent dans les rapports entre le créancier et la caution, traduisant la conséquence de la condition juridique de la caution, soit au moment de la conclusion du contrat de cautionnement, soit en cours d'exécution.

**503.** La situation de la caution dans l'opération de cautionnement a conduit le législateur OHADA à mettre à la charge du créancier un certain nombre de devoirs : il doit aviser la caution de toute défaillance du débiteur principal. L'usage du verbe « devoir » autorise à opter pour des « devoirs légaux » mis à la charge du créancier contrairement à certains auteurs qui font observer que « *souvent on parle inexactement de devoir, lorsque la loi fait d'un acte la condition de l'acquisition ou la perte d'un droit* » et qui ont opté pour des « charges », mieux des « incombances » (*obliegenheiten*)<sup>896</sup>. Admettre des devoirs à la charge du créancier aboutit à introduire le devoir de bonne foi dans les conventions que de permettre de faire « *pénétrer la règle morale* » de Ripert dans l'obligation résultant du cautionnement<sup>897</sup>. Il est souvent inexactement affirmé qu'un sujet de droit est titulaire d'un droit subjectif, au sens strict, protégé en lui-même contre toute atteinte. En revanche, Roubier a pu démontrer que le droit ne naissait souvent au profit d'un sujet de droit que du devoir qui pesait sur un autre, et ce lorsque le Droit objectif vient sanctionner une violation de ce devoir<sup>898</sup>. A cet égard, l'expression « devoir »

---

<sup>894</sup> Il s'agit d'un engagement à sens unique. L'article 3 AUS énonce que la caution s'engage à payer à la place du débiteur principal au cas où celui-ci n'y satisfait pas lui-même. A ce titre, le créancier n'a pas de prestation à fournir à la caution en contrepartie de son engagement malgré les « devoirs légaux » qui pèsent sur lui.

<sup>895</sup> D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 51 et s. ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 58 et 59 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes, op. cit.*, n° 55 ; BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL, *op. cit.*, n° 913 ; MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, *op. cit.*, n° 570 ;

<sup>896</sup> A. Von TUHR, *Partie générale du code fédéral des obligations*, 1<sup>er</sup> vol., traduit de l'allemand par M. de TORRENTE et E. THILO, Imprimerie Vaney-Bunier SA, Lausanne, Suisse, 1929, g 2, IV, p. 9 et s. ; H. MERZ, *Droit des obligations*, in *Traité de droit privé suisse*, vol. VI, t. 1, traduit de l'allemand par P. GIOVANNONI, éditions universitaires, Fribourg, Suisse, 1993, g 7, IV, p. 50 et s.

<sup>897</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949, coll. Reprint, 1996, n° 157.

<sup>898</sup> P. ROUBIER, « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *Archives de philosophie du droit*, 1957, p. 3 et la condamnation de « *l'abus qui a été fait du mot : droit* » par J. DABIN.

correspond donc mieux à la définition du cautionnement retenue à l'article 3 AUS et au principe de bonne foi contenu à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil qu'à celle de charges.

**504.** Les divers devoirs à la charge du créancier dans le droit du cautionnement ne subissent pas l'influence du droit des procédures collectives, mieux, ils sont renforcés. Ainsi pour réaliser efficacement sa garantie lorsque le débiteur principal fait l'objet d'une procédure collective l'engagement de la caution ne doit pas être contracté en une période où le créancier connaissait la situation de défaillance du débiteur. De même, le créancier ne doit pas soutenir abusivement le débiteur : il doit mettre en garde la caution contre le risque pris en garantissant la dette d'autrui qu'elle ne maîtrise pas. Il en résulte le maintien du devoir de bonne foi du créancier dans la conclusion du contrat de cautionnement (Section 1). De plus, en cas de défaillance avérée du débiteur la mise en œuvre du cautionnement doit se justifier par un devoir de bonne foi tant du point de vue des informations données à la caution qu'au regard de l'accomplissement des actions positives destinées à préserver les intérêts de la caution (Section 2).

### **Section 1 - Le devoir du créancier dans le cautionnement conclu en période de difficulté du débiteur**

**505. La problématique de la loyauté du créancier.** Le créancier a à sa charge comme dans tout rapport contractuel un devoir général de bonne foi et de loyauté qui lui impose de ne pas aggraver le sort du débiteur car, il compromettrait, par voie de conséquence, la situation de la caution. Or, le temps qui précède la procédure collective est extrêmement dangereux pour les créanciers livrés aux agissements d'un débiteur non dessaisi. Au cours de cette période, dite suspecte, le débiteur en face d'une situation s'obérant au fil des jours peut se livrer, afin de tenter un rétablissement hasardeux, à des actes désespérés, ruineux, parfois même frauduleux en vue de soustraire une partie de son actif à la procédure collective qu'il sent inévitable<sup>899</sup> parfois avec la complicité de certains créanciers au détriment de la caution.

**506.** En ce qui concerne le cautionnement contracté ou renouvelé par un avenant au cours de cette période, s'il ne fait aucun doute que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, elles doivent également être contractées de bonne foi pendant la période de difficulté du débiteur. Ainsi le devoir de bonne foi innerve le contrat de cautionnement et peut contrebalancer

---

<sup>899</sup> M.-J. REYMOND de GENTILE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, thèse préc., p. 7 ; LYON-CAEN et RENAULT, avec la collaboration d'A. AMIAUD, *Traité de droit commercial, Des faillites, des banqueroutes et des liquidations judiciaires*, préc., t.7, p. 373 ; PERCEROU, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, avec la collaboration de M. DESSERTAUX, préc., p. 747.

l'affirmation selon laquelle la caution devrait seule prendre en charge la défense de ses intérêts par le devoir de se renseigner sur la solvabilité du débiteur cautionné et la portée de son engagement, tout comme une libre négociation de l'étendue et le montant de son engagement doit comporter un plafond. M. Simler aussi va dans ce sens lorsqu'il déclare : « *que le créancier ait un devoir de loyauté lors de la formation du contrat est une évidence* »<sup>900</sup>. Il résulte de cette évidence que la caution sollicitée à payer le créancier en cas de défaillance du débiteur va tenter pour se libérer de lui opposer les différentes fautes commises par lui et qui auront alourdi ses obligations. Dès lors, le maintien des mécanismes de protection de la caution dans le cadre des procédures collectives réside dans la mise œuvre du devoir pour le créancier d'aviser la caution de toute défaillance du débiteur lors de la constitution de la garantie (Paragraphe 1) et dans la mise en œuvre de la responsabilité du créancier dispensateur de crédit pour avoir consenti de crédit inconsidéré ou de garantie disproportionnée (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 - Le devoir d'aviser la caution de toute défaillance du débiteur**

**507. Le comportement déloyal du créancier sur la dissimulation de la défaillance du débiteur.** D'une façon classique, le créancier n'avait pas à attirer l'attention de l'emprunteur sur l'endettement résultant du crédit octroyé, en raison du principe de non-ingérence ou de non-immixtion du banquier qui excluait l'obligation de renseignement à l'égard du débiteur<sup>901</sup>. Mais l'apparition de nouveaux devoirs généraux à la charge des établissements de crédit ou des banques<sup>902</sup> est une adaptation du droit des contrats qui peut permettre d'apprécier à travers un certain nombre de principes le caractère fautif du créancier<sup>903</sup>. Ainsi un nouveau principe, le devoir d'aviser la caution de toute défaillance du débiteur, peut permettre « *de rectifier dans le but économique les déséquilibres excessifs entre les prestations respectives des parties, même si le consentement apparaît libre et éclairé ce qui interdit le recours aux vices du consentement* »<sup>904</sup>. Le souci de protection de la caution en face d'un créancier de mauvaise foi a été relevé par M. Sargos en ces termes : « *ce n'est pas être de bonne foi, ce n'est pas être loyal, que de faire ou de laisser s'engager une caution sans l'informer très exactement de la nature et*

<sup>900</sup> Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 417 ; Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 75, p. 78.

<sup>901</sup> F. BOUCARD, *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, préface D. LEGEAIS, PUAM, 2002, n° 111 et s.

<sup>902</sup> F. BOUCARD, « Les devoirs généraux du banquier », *J-Cl. com.*, fasc. 343, 2003, n° 1.

<sup>903</sup> N. BOURDALLE et J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du banquier », *Banque et Droit*, 2006, n° 107, p. 17.

<sup>904</sup> J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité », *Banque et Droit*, n° 113, mai/juin 2007, p. 25, n° 2. Y. BUFFELAN-LANORE, *Droit civil. Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., Armand Colin, Paris, 2004, n° 132.

de la portée de son obligation »<sup>905</sup>. Le législateur OHADA sanctionne à l'article 118 AUPC, entre autres comportements non pénaux, l'octroi de crédit dans le but de masquer la situation compromise du débiteur, le temps de se dégager au détriment des autres créanciers. Mais il s'agit en fait des agissements pouvant nuire aussi à la caution. A cet égard, le créancier ne doit pas garder le silence sur la défaillance du débiteur. En conséquence, il doit révéler la situation réelle du débiteur à la caution (A). Il a également le devoir de mettre en garde l'emprunteur et la caution sur le crédit excédant les facultés du débiteur, devoir distinct de la responsabilité pour soutien abusif du débiteur (B).

### **A - Le devoir de révéler à la caution la situation réelle du débiteur en difficulté**

**508. Le silence du créancier sur la défaillance du débiteur : un dol par réticence.** L'article 14 AUS impose au créancier d'aviser la caution de toute défaillance du débiteur. Les termes de cet article semblent viser uniquement la phase d'exécution du cautionnement. Néanmoins, la généralité de ce texte peut permettre de ne pas limiter son application à l'exécution du cautionnement. Une interprétation extensive de ce texte doit être autorisée pour prendre en compte la situation réelle du débiteur au moment de la constitution de la garantie. Dès lors, la responsabilité du créancier peut être recherchée dans le silence gardé lors de la conclusion du cautionnement sur la situation économique et financière difficile ou compromise du débiteur principal. Dans cette hypothèse, la caution tentera de faire annuler son obligation sur le fondement du dol en vertu de l'article 1116 du Code civil.

**509.** Evidemment le dol peut consister en un acte positif qui se déduit de manœuvres ayant induit la caution en erreur sur la situation réelle du débiteur. Il en va ainsi lorsque le créancier fournit des renseignements sciemment inexacts et mensongers pour obtenir l'engagement de la caution. Le dol peut également résulter du simple silence : le dol par réticence. Cette position peut s'appuyer sur une solution classique consacrée, en droit français, selon laquelle il y a dol par réticence lorsque « *manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet aussi un dol par réticence le créancier qui, sachant que la situation du débiteur est irrémédiablement compromise ou tout au moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution afin d'inciter celle-ci à s'engager* »<sup>906</sup>. Deux éléments méritent d'être retenus cumulativement. D'abord, le devoir de bonne foi qui pèse sur le créancier ou le devoir

---

<sup>905</sup> P. SARGOS, « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », in *Rapport de la Cour de cassation française*, 1986, Doc. fr., 1987, p. 33 et s., surtout p. 63.

<sup>906</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 fév. 2000, *Rev. proc. coll.* 2000, p. 132, obs. E. KERCKHOVE.

de loyauté implique que le créancier soit tenu de révéler la situation réelle du débiteur au moment de l'expression du consentement de la caution. Le manquement à cette obligation traduit alors que le créancier en accordant le crédit connaissait la situation du débiteur et qu'il savait qu'il ne pourra pas être remboursé par le débiteur principal. Ensuite, il commet, en conséquence, un dol par réticence. Dès lors, le dol par réticence peut être invoqué par la caution et le contrat de cautionnement annulé si la caution qui est dans l'ignorance de cet état du débiteur n'a pas à sa disposition les éléments pouvant lui permettre d'apprécier la situation en cause.

**510. Le devoir d'aviser la caution : une obligation précontractuelle d'information.** Les vices de consentement, notamment la violence ou l'erreur de la caution lors d'un cautionnement consenti pendant la période suspecte peuvent être rarement admis<sup>907</sup> à la différence de la sanction du dol sur le fondement de l'obligation précontractuelle d'information de la caution<sup>908</sup>. A cet égard, le cautionnement contracté sera annulé lorsque le créancier savait les difficultés ou la situation irrémédiablement compromise du débiteur mais a gardé le silence sur cette information afin d'inciter la caution à s'engager : production de faux bilans, par exemple<sup>909</sup>. Il est va également ainsi dans le cas où, en ne dévoilant pas certaines informations importantes, le créancier n'a songé qu'à se ménager la garantie d'un débiteur solvable en la personne de la caution<sup>910</sup>.

**511.** Comme a pu le démontrer M. Dupichot, l'admission classique de la simple réticence en plus de celle du mensonge positif a été confirmée en droit du cautionnement<sup>911</sup> mais sur le fondement de l'exigence de contracter la convention de bonne foi<sup>912</sup>. En présence d'une réticence d'information pertinente, le caractère déterminant du dol se présume et le créancier devra

---

<sup>907</sup> Le vice de violence morale peut être invoqué par une caution ayant perdu tout libre arbitre, Douai, 29 juin 2006, *Juris-Data*, n° 2006-321046 ; *RD bancaire et fin.* mars/avr. 2007, note D. LEGEAIS ; selon Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE (*op. cit.*, n° 87 et 89), « la nullité pour erreur n'est admise que très parcimonieusement » et « les tribunaux constatent (...) souvent que les conditions du vice de violence n'étaient pas réunies ».

<sup>908</sup> Sur le dol en matière du cautionnement, Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 84 et une abondante note.

<sup>909</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 fév. 1986, *Bull. civ. I*, n° 22, productions de faux bilans ; Com., 8 déc. 1987, *Bull. civ.*, IV, n° 263, onze protêts avaient été dressés.

<sup>910</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 juill. 1996, *D. Aff.* 1996, p. 1164, où l'annulation du cautionnement a été confirmée car la cour estime que la banque avait obtenu des cautionnements non pour bénéficiaire d'une garantie pour l'avenir, mais pour disposer à la suite de la défaillance inéluctable du débiteur, de deux coobligés solvables. Civ. 1<sup>er</sup> déc. 1998, pourvoi 98-10. 177, où il a été jugé qu'en se gardant d'informer les cautions, « la banque n'avait songé qu'à se ménager la garantie d'un débiteur solvable » dans l'hypothèse où la banque savait qu'aucune caution ne se serait engagée si elle avait pu connaître la situation du débiteur.

<sup>911</sup> Sur des mensonges consistant en la fourniture de renseignements inexacts, Com., 7 fév. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 50, où le créancier a certifié la mauvaise foi que la situation du débiteur était saine ; Nîmes, 5 juill. 1989, *RD bancaire et bourse*, 1989, p. 112, obs. CONTAMYNE-RAYNAUD, où la banque a procédé à des montages complexes pour présenter une situation fictive à la caution. Dans nombre de cas, il s'agit du silence coupable gardé par le créancier et non à des manœuvres dolosives positives.

<sup>912</sup> Ph. DUPICHOT, préc., p. 84.

rapporter la preuve contraire que la réticence n'a eu aucun effet sur le consentement de la caution. Or, d'une façon traditionnelle, en droit commun, il appartient à la victime de prouver le caractère déterminant du dol<sup>913</sup>. Généralement, le manquement à l'obligation de contracter de bonne foi est visé en plus du dol par réticence<sup>914</sup>, mais la bonne foi peut être parfois visée de manière autonome<sup>915</sup>. Ainsi, dans une hypothèse où le créancier a laissé la caution dans l'ignorance de la situation économique et financière difficile ou compromise du débiteur principal, sera annulé régulièrement le cautionnement souscrit directement sur le fondement du manquement à l'obligation de contracter de bonne foi, sans viser le dol<sup>916</sup>.

**512.** L'obligation à la charge du créancier est une obligation d'information sur la situation de défaillance du débiteur telle que prévue par l'article 14 AUS mais aussi un devoir de mise en garde contre le risque de s'engager. Il appartient dans ce cas à la caution de contracter ou non un cautionnement nonobstant la situation compromise du débiteur<sup>917</sup> puisque l'Acte uniforme autorise la fourniture de caution pour l'exécution des mesures concordataires, témoignant, par voie de conséquence, la possibilité de cautionner un insolvable. Or, en ce moment précis, la situation du débiteur principal est effectivement obérée. Il s'ensuit que le créancier doit tenir informer la caution lorsqu'elle n'est pas impliquée ou intégrée dans la gestion de l'entreprise, ce qui a pour effet d'écarter la réticence dolosive<sup>918</sup>, autrement dit, sa responsabilité. Le recours à

<sup>913</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1989, *Bull. civ. I*, n° 187 ; *JCP* 1989, II, 21363, note D. LEGEAIS ; *Defrénois* 1989, art. 34633, n° 131, note L. AYNES ; *D.* 1990, somm. p. 385, obs. L. AYNES ; *RTD civ.* 1989, p. 738, obs. J. MESTRE ; civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2002, *Bull. civ. I*, n° 132.

<sup>914</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 21 janv. 1981, *Bull. civ. I*, n° 25 ; *D.* 1981, IR, p. 503, obs. M. VASSEUR ; Com., 8 nov. 1983, *Bull. civ. IV*, n° 298, visant pour la première fois l'article 1134, alinéa 3 et l'article 1116 du Code civil ; Civ. 1<sup>re</sup>, 26 nov. 1991, *Bull. civ. I*, n° 331 ; *D.* 1992, IR, p. 6 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 14 nov. 1995, *Bull. Joly*, 1996, p. 121, n° 37, obs. Ph. DELEBECQUE ; Civ. 1<sup>re</sup>, 18 fév. 1997, *Bull. civ. I*, n° 61 ; *JCP E* 1997, II, 944, note D. LEGEAIS ; *D. Aff.* 1997, p. 378 ; *Quot. Jur.*, n° 26, du 1<sup>er</sup> avr. 1997 et rec. 1<sup>er</sup> semestre, p. 227, où il est jugé que « manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution, l'incitant ainsi à s'engager » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 1998, *Rev. proc. coll.* 1999, p. 122, obs. E. KERKHOVE ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 2003, *JCP E* 2003, p. 1166.

<sup>915</sup> C. VUILLEMIN GONZALES, « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D.* 2001, chron., p. 3338 et s.

<sup>916</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mai 1995, *JCP G*, 1996, II, 22736, où il a été jugé que « les juges du fond, qui ont constaté que M. Doineau savait la situation de son débiteur irrémédiablement compromise et qu'il avait laissé Mme Maillard dans l'ignorance de la situation d'insolvabilité de M. Suet, en ont déduit qu'il avait ainsi manqué à son obligation de contracter de bonne foi », note F.-X. LUCAS, qui fait observer que la nullité est prononcée sur le fondement du manquement à l'obligation de contracter de bonne foi sans passer par l'un des vices du consentement traditionnels.

<sup>917</sup> Il semble que le devoir de mise en garde peut conduire au devoir de conseil permettant d'interdire à la caution de ne pas cautionner un débiteur défaillant. Dans ce sens, la note critique de M. VASSEUR, sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 janv. 1981, *D.* 1981, IR, p. 503, « autant poser en règle que le banquier, qui doutant de la solvabilité d'un de ses clients, demande à celui-ci de faire cautionner ses engagements, doit tout faire pour dissuader la personne qui lui est présentée de fournir son cautionnement ». Par contre, la Cour de cassation a admis que l'on puisse sciemment cautionner un insolvable, Com., 10 oct. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 223 ; *D.* 1996, somm., p. 265, obs. L. AYNES ; *Droit et Patrimoine* 1996, n° 35, p. 90.

<sup>918</sup> L. GUILLOT, « Le cautionnement », *Banque et Droit*, 1990, n° spécial, Les évolutions jurisprudentielles, p. 20 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, préface J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992, t. 221, n° 585 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 2003, *JCP E*, 2003, p. 1166 ;

un dol considérablement assoupli peut permettre de pallier l'absence d'obligation générale d'information reposant sur le créancier et constituer « *l'une des techniques de protection les plus efficaces de la caution* »<sup>919</sup> qui s'ajoute au devoir de ne pas contracter un prêt excessif. Relativement à l'information de la caution, M. Boucard a affirmé à juste titre que « *le bénéficiaire du cautionnement doit informer celui qui donne sa garantie de la solvabilité actuelle du débiteur principal, à défaut de quoi il commet un dol par réticence, voire une erreur si la caution a fait de la solvabilité un élément substantiel de son engagement* »<sup>920</sup>. Or, ce devoir de bonne foi gagne de nouvelles rives<sup>921</sup>. Il s'ensuit que même si la prise en compte du dol peut être discutable<sup>922</sup>, le dol du tiers devrait être accepté lorsqu'il porte sur la substance de l'engagement et susceptible de causer un préjudice à la caution<sup>923</sup>. A ce titre, le devoir du créancier d'aviser la caution de toute défaillance du débiteur peut être assimilé au devoir de mise en garde.

## **B - L'assimilation du devoir d'aviser la caution au devoir de mise en garde à la charge du créancier**

**513. Le devoir d'« aviser la caution de toute défaillance du débiteur » : un devoir de mise en garde.** Le droit de la responsabilité dans le domaine bancaire peut servir de laboratoire pour rechercher un certain nombre de bases pour les alliages : devoir de conseil, devoir d'éclairer, devoir de mise en garde, pour composer la meilleure formule<sup>924</sup>. Ainsi le maintien des mécanismes de protection de la caution peut être déduit du devoir d'aviser la caution de toute défaillance du débiteur. M. Issa-Sayegh a fait observer utilement qu'en imposant au créancier

<sup>919</sup> D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 86 ; Ph. DUPICHOT, *these préc.*, n° 87.

<sup>920</sup> F. BOUCARD, *thèse préc.*, n° 256.

<sup>921</sup> Ph. DUPICHOT, *thèse préc.*, n° 85, p. 86.

<sup>922</sup> Com., 13 nov. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 161 ; *D.* 2003, p. 684, note B. ROMAN ; *JCP G* 2003, I, 122, n° 1, obs. G. LOISEAU ; *RTD civ.* 2003, p. 322, obs. P. CROCQ ; voir également, Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *JCP E* 2007, 1861, p. 9, note S. PIEDELIEVRE ; *D.* 2007, 2201, note D. HOUTCIEFF ; *JCP G* 2007, II, 10138, p. 35, note Ph. SIMLER ; Ph. SIMLER, « *La caution ne peut opposer au créancier la nullité pour dol du contrat principal* », art. *préc.*, p. 35.

<sup>923</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juill. 1996, *Bull. civ. I*, n° 288 ; *JCP E*, 1997, I, 4033, n° 1, obs. Ph. SIMLER, qui a sanctionné le dol du tiers mais à la condition que l'erreur provoquée par le dol « porte sur la substance de l'engagement », ce qui serait envisageable en matière de cautionnement en présence d'une erreur sur l'affectation du crédit garanti. En revanche, en ce qui concerne la caution dirigeant social, il a été jugé que le dirigeant caution ne peut reprocher à la banque de ne pas avoir respecté l'affectation des sommes prévues dans la convention « *dès lors que la caution n'ayant jamais prétendu ni démontré que la banque se serait engagé à contrôler l'affectation des fonds prêtés, il en résultait que sauf à s'immiscer fautivement dans les affaires de sa cliente, la banque n'avait pas le pouvoir de s'opposer aux instructions données par le dirigeant et n'avait donc commis aucune faute* », Com., 5 juin 2007, *RD bancaire et fin.*, juill.-août 2007, n° 150, p. 19, note D. LEGEAIS qui fait remarquer que la solution consacrée serait autre si la caution avait été extérieure à l'entreprise et si le débat avait été porté sur un autre terrain juridique, par exemple, celui de la cause, de l'erreur ou du dol ou de la condition implicite. L'éventualité d'un dol dans les rapports entre cofidésjussés a été récemment consacrée, Com., 29 mai 2001, *Bull. civ. IV*, n° 100 ; *JCP E*, 2001, p. 1258 ; *Petites affiches*, 8 nov. 2001, p. 19, obs. Y. DAGGORGNE-LABBE ; *JCP E* 2002, 999, note R. MORTIER ; *RTD civ.* 2001, p. 920, obs. P. CROCQ.

<sup>924</sup> S. PIEDELIEVRE, note sous Ch. mixte, 29 juin 2007, *D.* 2007, p. 2082.

d'informer la caution de toute défaillance du débiteur principal, l'article 14 AUS, règle d'ordre public, consacre une innovation importante de nature à transformer les relations entre la caution et le créancier<sup>925</sup>. L'innovation en cause reste la consécration du devoir d'aviser qui pèse sur la tête du créancier et qui mérite d'être étendu à l'époque de la constitution de la garantie. Seulement le régime de ce devoir recommande de faire une distinction entre les termes souvent employés pour déterminer le devoir qui pèse sur le créancier à ce stade de l'analyse.

**514.** En effet, l'obligation d'information est un terme générique et l'éventail des obligations s'enrichit en permanence<sup>926</sup> : après l'obligation de loyauté, celle de conseil, de renseignement, il existe désormais en droit uniforme « le devoir d'aviser ». Que signifie alors « aviser » ? Selon le dictionnaire Petit Robert, « aviser » signifie avertir, conseiller, prévenir ou apprendre. Si le devoir de conseil consiste à aider l'autre partie dans ses choix, à l'inciter à agir au mieux de ses intérêts, à orienter sa décision en opportunité, il se distingue en cela du « renseignement à l'état brut » issu de l'obligation d'information et de la mise en garde qui implique seulement d'attirer l'attention du cocontractant sur un aspect risqué, négatif du contrat<sup>927</sup>.

**515.** Au stade de la constitution de la garantie, le « devoir d'aviser la caution » issu du droit uniforme n'est pas un devoir de conseil ; il doit au contraire être assimilé au devoir de mise en garde dégagé par les juges français. En droit français, la mise en jeu de la responsabilité de certains établissements bancaires avait favorisé l'émergence d'un devoir de mise en garde en

---

<sup>925</sup> J. ISSA-SAYEGH, in *OHADA. Traité et Actes uniformes annotés*, préc., note sous l'article 14 AUS, p. 631.

<sup>926</sup> Sur la classification des obligations, M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, préc., n° 465 ; P. CROCCQ, (« Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 349 et s.) semble assimiler « mise en garde et conseil », d'une part, et « conseil et abstention », d'autre part ; D. LEGEAIS, « L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de la caution », *Mélanges AEDBF-France*, II, *Banque éditeur*, 1999, p. 257-258 ; Ch. PINOT, conclusions sous, Com., 11 mai 1999, *RJDA* 6/1999, p. 495, n° 1 ( 3 arrêts). Sur l'information et le conseil dans la distribution d'assurances emprunteurs, voir S. GOSSOU, *La distribution de l'assurance par les banques*, préface Cl. OPHELE, PUAM, 2006, p. 234 et s.

<sup>927</sup> En droit français, la première chambre civile de la Cour de cassation s'est montrée d'abord favorable à la reconnaissance d'une obligation de conseil à la charge du banquier. Elle a décidé, dans l'arrêt du 27 juin 1995 (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1995, *JCP E* 1996, I, 722, note D. LEGEAIS), que manque à son devoir de conseil et engage sa responsabilité, la banque qui consent un prêt dont les charges sont manifestement excessives au regard de la modicité des ressources de l'emprunteur, sans avoir mis en garde cet emprunteur sur l'importance de l'endettement en résultant. Par contre, pour la chambre commerciale, la banque n'est pas tenue à une obligation de conseil à l'égard de l'emprunteur, sauf lorsqu'elle a sur la situation financière de celui ou de celle de l'entreprise, ou sur les risques encourus, des informations que lui-même ignore : Cass. com., 11 mai 1999, *JCP E* 1999, p. 1730, note D. LEGEAIS ; *RTD com.* 1999, p. 733, obs. M. CABRILLAC ; *JCP E* 1999, p. 1218, note BOUTEILLER ; Com., 26 mars 2002, *Banque et Droit*, 2002, n° 84, p. 46, obs. Th. BONNEAU ; *RTD com.* 2002, p. 523, obs. M. CABRILLAC ; *JCP E* 2002, 852, note A. GOURIO ; Com., 9 avr. 2002, *RJDA*, 2002, n° 795 ; Com., 19 nov. 2002, *RTD com.*, 2003, p. 151, obs. D. LEGEAIS ; Com., 4 mars 2003, *Juris-Data*, n° 2003-018210 ; Com., 1<sup>er</sup> juill. 2003, *RTD com.*, 2003, p. 793, obs. D. LEGEAIS ; Com., 24 sept. 2003, *RTD com.*, 2004, p. 142, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et Droit* 2004, n° 93, p. 56, obs. Th. BONNEAU ; Com., 7 janv. 2004 ; *JCP E* 2004, 736, n° 21 ; obs. STOUFFLET ; Com., 18 fév. 2004, *RTD com.* 2004, p. 583, obs. D. LEGEAIS ; Com., 21 juin 2005, *RD bancaire et fin.*, 2005, n° 5, p. 21, obs. D. LEGEAIS ; Com., 22 nov. 2005, *RD bancaire et fin.*, 2006, n° 1, p. 11, obs. CREDOT et SAMIN.

matière de financement excessif. Déjà, un arrêt précurseur du 7 novembre 1979 avait attiré l'attention de la doctrine<sup>928</sup> mais c'est surtout des arrêts ultérieurs qui vont permettre la reconnaissance de l'existence d'un devoir de mise en garde du prêteur lors de l'octroi d'un crédit<sup>929</sup>. Activité entre l'information et le conseil, « la mise en garde » est une notion dont les contours se précisent, peu à peu, dont le régime juridique et le contrôle de la mise en œuvre peuvent être détaillés par les juridictions de fond<sup>930</sup>. Le législateur OHADA pourra utilement préciser le sens du devoir d'aviser à la charge du créancier au stade de la constitution de la garantie et en cas de confusion il importe de le rapprocher du devoir de mise en garde<sup>931</sup>.

**516. L'incidence de la qualité de la caution sur l'application du devoir de mise en garde.** La question qui se pose est de savoir si le devoir d'aviser la caution de toute défaillance du débiteur doit s'appliquer à toute caution. Le droit uniforme issu du Traité de l'OHADA ne prévoit pas cette situation ; néanmoins on peut légitimement s'interroger sur les critères de reconnaissance du devoir de mise en garde et la qualité de caution concernée. La qualité de profane ou d'averti commande l'application de nombre de règles. Elle est décisive pour l'appréciation des vices du consentement, elle est également essentielle pour la détermination des bénéficiaires d'un devoir de mise en garde<sup>932</sup>. En s'inspirant de la solution en droit français, il importe de reconnaître que le devoir de mise en garde n'existe qu'envers les cautions *profanes* et non *averties*. Si les cautions dites *profanes* peuvent facilement obtenir l'annulation de leur engagement pour défaut d'information, il n'en sera ainsi que de manière exceptionnelle pour les cautions dirigeantes, étant donné qu'elles sont souvent présumées « averties », « initiées » ou « intégrées » et parfaitement conscientes de la portée de leur engagement.

<sup>928</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 1979, *D.* 1980, IR, p. 214, obs. M. VASSEUR: en l'espèce, les époux Leloup reprochent à une banque de les avoir laissés souscrire un prêt « *manifestement inutile et dangereux* ».

<sup>929</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 8 juin 1994, *Bull. civ.* I, n° 206 ; *JCP E* 1995, II, 652, note D. LEGEAIS ; *RD bancaire et bourse* 1994, n° 44, p. 173, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; *RTD com.* 1995, p. 170, obs. M. CABRILLAC ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1995, *Bull. civ.* I, n° 206 ; *D.* 1995, p. 621, note S. PIEDELIEVRE ; *JCP E* 1995, II, 652, note D. LEGEAIS ; *Deffrénois*, 1995, p. 1416, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1996, p. 385, obs. J. MESTRE, selon qui « *l'heure est décidément au devoir de conseil* » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juill. 1995, *RD bancaire et bourse* 1996, n° 54, p. 52, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD.

<sup>930</sup> Ph. DELEBECQUE, « Le devoir de mise en garde du banquier », note sous Ch. mixte, 27 juin 2007, *Rev. Lamy droit civil*, déc. 2007, p. 25 et s.

<sup>931</sup> Ass. plén., 2 mars 2007, *JCP G* 2007, II, 10098, note A. GOURIO ; *D.* 2007, p. 985, note S. PIEDELIEVRE ; *JCP E* 2007, 1375, note D. LEGEAIS ; *RD bancaire et fin.*, mars/avr. 2007, note D. LEGEAIS.

<sup>932</sup> D. LEGEAIS, « La caution dirigeante peut-elle se prévaloir d'un dol commis par l'établissement de crédit dans l'octroi d'un prêt ? », *RD bancaire et bourse*, nov./déc. 1998, n° 70, p. 193 et s. ; D. LEGEAIS, « Le dirigeant caution », *Mélange BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 599 ; également, note sous com., 6 fév. 2007, *Juris-Data*, n° 2007-037250, *RD bancaire et fin.* mars/avr. 2007, p. 19 ; rapprochement avec Com., 27 nov. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 253 ; *D.* 2008, p. 7 et s., obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Banque et droit*, n° 118, mars/avr. 2008, p. 17, obs. Th. BONNEAU ; *RTD com.* 2008, p. 169, obs. D. LEGEAIS, où il est jugé que l'obligation d'informer la caution de la défaillance du débiteur principal s'applique même lorsque la caution est un dirigeant social.

**517.** Dans certaines hypothèses, le manquement au devoir d'information peut bénéficier au dirigeant caution, notamment lorsque le créancier a gravement manqué à son obligation d'information ou si la caution n'était pas en mesure d'apprécier le caractère non viable du financement et la charge insupportable du crédit<sup>933</sup>. M. Crocq souligne à ce titre que la jurisprudence tend à ne considérer *in concreto* comme cautions averties que les cautions effectivement informées<sup>934</sup>. M. Dupichot renchérit<sup>935</sup> en précisant qu'il s'agira, par exemple, des cautions dirigeants mais non des associées ou des parents du débiteur qui seraient restés à l'écart de la gestion<sup>936</sup> non plus que des dirigeants parfaitement inexpérimentés<sup>937</sup>. En effet, ces derniers peuvent légitimement se prévaloir de la qualité de cautions profanes dans la mesure où, pour reprendre M. Legeais, il n'existe « *pas de diplôme de dirigeant* »<sup>938</sup>. Dans ce sens, on peut utilement relever un arrêt du 3 mai 2006 de la chambre commerciale de la Cour de cassation française qui avait reproché à une Cour d'appel d'avoir déclaré une caution mal fondée à rechercher la responsabilité d'une crédit-bailleresse, en retenant que cette dernière dispose de 30 des 100 parts de la SCI familiale et d'une action de la société d'exploitation, « *sans rechercher si, eu égard à son âge lors de l'engagement litigieux, à sa situation d'étudiante et à la modicité de son patrimoine, l'engagement souscrit par Isabelle Mainguy, qui n'exerçait aucune fonction de direction, ni aucune responsabilité au sein de la SCI n'était pas hors de proportion avec ses facultés financières et si, de ce fait, la crédit-bailleresse n'avait pas manqué à son devoir de mise en garde de cette caution* »<sup>939</sup>.

**518.** De même, la Cour d'appel de Limoges a retenu la responsabilité d'une banque à l'égard d'une caution en assimilant le soutien abusif et le manquement au devoir de mise en garde, le 6 juillet 2006, lorsqu'elle affirme que « *la banque qui soutient abusivement une entreprise en laissant poursuivre une exploitation déficitaire manque à son obligation de mise en garde envers une caution, qui n'a pas la qualité de caution avertie, dès qu'il n'est pas démontré qu'en dehors de l'aide matérielle qu'elle pouvait apporter à l'entreprise cautionnée, elle aurait eu un pouvoir de décision et des compétences particulières en gestion et diagnostic d'entreprise de nature à lui*

<sup>933</sup> Com., 3 mai 2000, *Droit et Patrimoine*, 2001, n° 94, p. 92, obs. B. SAINT-ALARY ; dans le même sens, les observations de l'avocat général, M.-Ch. PINOT, sous Com., 11 mai 1999, *RJDA*, 6/1999, p. 495.

<sup>934</sup> P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », *Mélanges M. CABRILLAC*, préc., 349 et s., qui insiste sur ce que « *seule une connaissance effective et établie peut entrer la caution dans la catégorie des cautions averties* » ; déjà dans ce sens, Com., 31 mai 1994, *Bull. civ. IV*, n° 193.

<sup>935</sup> Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 96, p. 99.

<sup>936</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 nov. 1995, *Droit et Patrimoine* 1996, n° 36, p. 83, obs. B. SAINT-ALARY, en l'espèce, les cautions étaient des beaux-parents du débiteur principal, le cautionnement a été annulé.

<sup>937</sup> Caen, 1<sup>re</sup> ch., 20 juin 2002, *RD bancaire et fin.*, sept./oct. 2002, p. 255, n° 178, obs. D. LEGEAIS, où la caution dirigeante est ex-salariée mais inexpérimentée a été libérée.

<sup>938</sup> D. LEGEAIS, note sous Com., 23 juin 1998, *JCP E* 1998, p. 1831 et n° 87-89.

<sup>939</sup> Cass. com., 3 mai 2006, (2<sup>e</sup> espèce), *Petites affiches*, 5 mars 2007, n° 46, p. 14.

*permettre de procéder à une analyse utiles sur les déconfitures du principal client de l'entreprise »<sup>940</sup>.*

**519.** Cette position peut permettre, d'abord, d'assouplir la notion de caution avertie ou profane car, le fait que la caution ne soit pas totalement étrangère à l'activité de l'entreprise garantie ne suffit pas à la considérer comme avertie ; en conséquence, il faut en plus avoir un pouvoir. Cette solution permet, ensuite, de retenir de manière autonome le devoir de contracter de bonne foi indépendamment de toute référence au dol. M. Legeais s'en est fait l'écho lorsqu'il affirme que *« la prise en considération d'un tel devoir peut alors conduire les juridictions à mettre à la charge du créancier une obligation de conseil à l'égard de la caution. Un tel devoir est consacré dans deux hypothèses. En premier lieu, le créancier manque à son devoir de conseil lorsqu'il fait souscrire à une caution un engagement disproportionné à son patrimoine et ses revenus. En second lieu, le créancier est fautif lorsqu'il fait souscrire un cautionnement en garantie d'un engagement injustifié »<sup>941</sup>*. Les cautions profanes et les dirigeants inexpérimentés semblent être les bénéficiaires d'un tel devoir. La faute du créancier lorsqu'elle est établie justifie qu'une action en responsabilité soit engagée. Ainsi, à la suite de M. Picod, il convient de reconnaître que *« la qualité de la caution ne peut cependant justifier l'exclusion de toute information, ou de conseil »<sup>942</sup>* car en la matière, aucun principe directeur n'est dégagé par le législateur et le juge devra se référer selon le cas, *in concreto* aux conditions d'existence de l'obligation précontractuelle d'information de droit commun. Il incombe à l'établissement de crédit de rapporter la preuve de l'exécution de son devoir de mise en garde pour s'exonérer de sa responsabilité<sup>943</sup>.

**520.** Le devoir de mise en garde est réservé aux cautions profanes, par contre, aucun critère précis ne permet pour l'instant de l'identifier. Il doit s'agir donc d'une situation de fait soumise à l'appréciation des juges du fond. Néanmoins le devoir de mise en garde peut être défini comme

<sup>940</sup> Limoges, civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 2006, *Banque et Droit*, janv./fév. 2007, p. 49, obs. N. RONTCHEVSKY et F. JACOB, p. 49.

<sup>941</sup> D. LEGEAIS, art. préc., p. 257 et s.

<sup>942</sup> MAZEAUD, CHABAS et Y. PICOD, préc., n° 28-3. Très favorable à un tel devoir, Versailles, 17 sept. 1998, *Bull. Joly*, g 41, p. 245, obs. A. COURET, qui décide: *« Considérant que la banque est tenue par un devoir de prudence et de conseil à l'égard tant de son client direct, la société qui s'apprête à emprunter qu'à l'endroit de la personne physique ou morale qui consent à se porter caution du concours bancaire sollicité ; que la présomption selon laquelle le représentant de la société emprunteuse est en possession des informations nécessaires à l'appréciation du bien-fondé des prêts ne dispense pas l'établissement de crédit de satisfaire à ses propres obligations ; qu'en effet si la présomption de compétence pesant sur le chef d'entreprise est absolue, en ce qui concerne les activités qu'il développe à titre principal (...) le dispensateur de crédit doit, dans le cadre de son obligation générale de discernement et de loyauté, s'assurer que celui qui engage la société cliente tout en concédant sa garantie personnelle a conscience de la portée et des risques financiers qui pourraient résulter de l'octroi de concours, au vu de l'état de la société au moment où la demande est formulée ».*

<sup>943</sup> Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, *JCP E* 2007, p. 338.

le fait d'attirer l'attention de la caution profane, l'alerter, sur le ou les aspects risqués ou négatifs du crédit que le banquier propose au débiteur et, plus particulièrement, les risques découlant d'un tel endettement<sup>944</sup>. Conformément au devoir de mise en garde auquel il était tenu à son égard lors de la conclusion du contrat, le créancier doit justifier avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts<sup>945</sup>. Par contre une caution avertie est celle qui est en mesure d'appréhender les risques et l'opportunité du crédit que le débiteur se prépare à souscrire. Ainsi sera considérée comme caution avertie, par exemple, le seul associé d'une société en dehors du dirigeant<sup>946</sup>, un associé fondateur détenant 75% du capital de la société<sup>947</sup> et un associé « impliqué » dans l'activité commerciale de la société<sup>948</sup>. Tout compte fait la caution peut se prévaloir du manquement au devoir de mise en garde du créancier dans l'octroi de crédit excédant les facultés du débiteur principal, entraînant la constitution d'une garantie disproportionnée.

**521. Le devoir de mise en garde : un principe opportun.** Une ouverture de crédit est susceptible de causer un préjudice à son bénéficiaire et par ricochet à la caution parce que la charge de ce crédit est supérieure au profit que le bénéficiaire tire de l'emploi des fonds. Le créancier doit-il juger l'opportunité du crédit et ainsi ne pas consentir un crédit disproportionné ? Le devoir de mettre en garde le crédit sur l'opportunité du prêt consenti doit s'imposer au banquier sur l'opportunité du crédit demandé non seulement à l'égard des emprunteurs consommateurs mais aussi à l'égard des emprunteurs professionnels. MM. Gavalda et Stoufflet enseignent que la notion d'emprunt inopportun recouvre deux situations : soit c'est le financement d'un investissement qui est inopportun, voire excessif, soit c'est l'investissement

---

<sup>944</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 juill. 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 398 ; *Banque et Droit*, 2006, p. 50, obs. Th. BONNEAU ; *Petites affiches*, 2006, n° 204, p. 8, note BOISMAIN ; *JCP E* 2006, 2366 ; *RJDA*, 2007, n° 87 ; *JCP E* 2007, 1079, note A. Le GOFF, « Contenu de l'obligation de mise en garde à la charge du banquier prêteur et notion de crédit excessif » ; N. RONTCHEVSKY, *Banque et Droit*, 2006, n° 108, p. 55 ; Th. BONNEAU, *Banque et Droit*, 2006, n° 108, p. 62 ; J. FRANCOIS, *D. Aff.* 2006, p. 1618.

<sup>945</sup> Ch. mixte, 29 juin 2007, *D.* 2007, p. 2082, note S. PIEDELIEVRE.

<sup>946</sup> Cass. com., 28 nov. 2006, *Juris-Data*, n° 2006-036247 ; *RD bancaire et fin.*, 2007, n° 7, obs. D. LEGEAIS. En l'espèce, deux cautions avaient obtenu la condamnation de l'établissement fondée sur un devoir de mise en garde, la banque ayant accordé des crédits à une entreprise dépassant ses facultés de remboursement. L'une des cautions était le gérant. La seconde était l'unique associé. La cour d'appel avait relevé un manquement de l'établissement à son obligation de se renseigner. L'établissement de crédit n'aurait pas plus prodigué aux cautions dont elle ne pouvait ignorer l'inexpérience, les conseils indispensables. Pour la cour de cassation, « en statuant ainsi alors qu'elle avait elle-même constaté que M. Herpe était le gérant de la société, que M. Gardou en était seul autre associé et qu'exploitant ensemble le fonds de commerce depuis plusieurs mois, ni l'un ni l'autre ne pouvait avoir ignoré la situation de la personne morale, ce dont il résultait que les intéressés détenant déjà toutes les informations utiles pour leur permettre d'apprécier la portée des engagements souscrits, la caisse ne leur était redevable d'aucun devoir de mise en garde ».

<sup>947</sup> Cass. com., 13 fév. 2007, pourvoi n° 05-18.633, *Juris-Data*, n° 2007-037433 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *JCP E* 2007, chron. 1776, p. 11.

<sup>948</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 fév. 2007, pourvoi n° 05-20.308, *Juris-Data*, n° 2007-037699 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *JCP E* 2007, chron., 1776, p. 11.

lui-même qui est inopportun<sup>949</sup>. Le financement inopportun, au regard d'une analyse sérieuse menée par le banquier, apparaît comme excessif ou disproportionné aux ressources de l'emprunteur, de sa solidité ou de ses revenus attendus de l'opération. En effet, comme l'a relevé M. Dupichot, l'étude du dossier de financement encore appelé « *business plan* », aurait dû, avec le recul nécessaire, permettre de déceler avec précision que le remboursement serait impossible en raison du fait que le crédit excède les capacités du débiteur. Dans cette hypothèse le rapport entre l'emprunt demandé et les ressources de l'emprunteur sera apprécié en fonction des différentes méthodes empruntées à la gestion qui constituent des outils précis et adaptés à la décision. En revanche l'investissement inopportun porte sur une opération dangereuse ou susceptible de ne pas dégager les revenus espérés et nécessaires au remboursement de l'emprunt, autrement dit, c'est l'opération envisagée elle-même qui est inopportune<sup>950</sup>. Il résulte de ce qui précède que lorsque le projet envisagé est inopportun son financement est dangereux pour le crédit et pour la caution.

**522. La disproportion du crédit et le devoir de mise en garde de la caution : un binôme inséparable.** Le devoir du créancier de ne pas soutenir abusivement le débiteur défaillant ou de ne pas accorder un emprunt inopportun au débiteur constitue de moyens évidents de défense de la caution poursuivie dans le cadre des procédures collectives pour se défendre au fond pour se décharger ou par voie reconventionnelle en dommages et intérêts<sup>951</sup>. M. Attard avait fait remarquer, d'abord, que « *le prêteur doit donc, sous peine de voir sa responsabilité engagée ou le cautionnement annulé, s'informer, d'une part, de la structure financière et de trésorerie de l'entreprise, d'autre part, de l'activité et de la rentabilité de cette dernière* » ; il avait, ensuite, insisté sur ce qu' « *un banquier commettrait une faute en accordant un prêt sans contrôler la situation non obérée de l'emprunteur ainsi que l'absence de disproportion entre les revenus de ce dernier et les charges de l'emprunt* » ; enfin, il avait conclu que « *le devoir de bonne foi de l'établissement prêteur oblige celui-ci à s'assurer que l'activité financée permettra de dégager les fonds nécessaires au remboursement du prêt* »<sup>952</sup>. La caution se servant de son droit de critique peut invoquer la responsabilité du créancier en se prévalant de la violation du devoir d'information précontractuelle d'un crédit excédant les facultés du débiteur.

<sup>949</sup> Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, obs. sous Com., 22 juin 1999, *JCPE* 2000, p. 1086, n° 13.

<sup>950</sup> Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 90, p. 90 ; sur les méthodes de calcul empruntées à la gestion, voir J. ATTARD, *Le prêt d'argent, contrat unilatéral ou contrat synallagmatique*, préface Ph. DELEBECQUE, PUAM, 1999, n° 23 à 35, notamment, la méthode dite du « *revenu résiduel jointe aux avantages du "scoring"* », autrement dit, une évaluation statistique du risque lié à un candidat donné à l'emprunt.

<sup>951</sup> D. LEGAIS, « La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », *Petites affiches*, 5 mars 1997, n° 28, p. 4 et s.

<sup>952</sup> J. ATTARD, préc., n° 23, 33 et 142 ; A. GOURIO, « Le prêteur est-il réellement tenu d'une obligation de conseil envers le particulier emprunteur ? », *RD bancaire et fin.*, janv./fév. 2001, p. 51 et s.

**523. Le devoir de mise en garde : une obligation subordonnée à l'existence d'une information.** Le devoir d'information peut, dans certains cas, être écarté si le créancier ignore légitimement l'information décisive ou si la caution en a la connaissance en raison de ses liens avec le débiteur. Il en va ainsi lorsque la caution est un dirigeant de la société débitrice. Cependant, cette obligation sera maintenue dans l'hypothèse d'une caution en « *relation de confiance* » avec son créancier<sup>953</sup>, notamment, lorsque ce dernier est un établissement de crédit tenu d'un devoir de se renseigner sur la situation de son client, auquel cas, le devoir de se renseigner de la caution cèdera devant son ignorance légitime<sup>954</sup>. Si la caution peut trouver un moyen de défense dans le devoir de mise en garde, elle peut également se fonder sur le soutien abusif du créancier par la disproportion de son engagement.

## **Paragraphe 2 - Le devoir de ne pas consentir de crédit et de garantie excédant les facultés de remboursement**

**524. Le risque juridique du banquier dispensateur de crédit.** Selon M. Sow, il est dans l'exercice de l'activité bancaire des événements qui sont de nature à compromettre de façon momentanée ou définitive les rapports entre les clients et les établissements bancaires teneurs de comptes et dispensateurs de crédit relativement à leurs obligations ainsi que les risques courus en cas de manquement<sup>955</sup>. Mme Tréno, administratrice de l'Association des Juristes de Banques et Etablissements Financiers du Togo, pour sa part, qualifie ce type de manquement de « *risque juridique dans l'exercice de l'activité bancaire* »<sup>956</sup>. Le « risque juridique » ainsi relevé trouve son siège dans la recherche de la responsabilité du banquier pour l'octroi de crédit disproportionné et dans le manquement corrélatif au devoir de mise en garde mais aussi dans la souscription de cautionnements manifestement disproportionnés.

**525.** En réalité, le créancier peut continuer à accorder inconsiderablement son concours par des prêts, des facilités de caisse, des découverts en compte ou d'escompte d'effets de commerce à une entreprise qui se trouve dans une situation compromise ou obérée. En prolongeant

---

<sup>953</sup> Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 86.

<sup>954</sup> En ce qui concerne « *l'obligation du prêteur de s'informer des capacités de remboursement d'une entreprise* » et de celle de « *s'informer des capacités de remboursement d'un particulier* », voir, J. ATTARD, thèse préc., n° 20 à 33 et s.

<sup>955</sup> O. SOW, « La gestion bancaire des incidents de compte », in Séminaire interbancaire, Cotonou, 9 au 13 oct. 2006, compte rendu A. BOCCOVI, [www.sire-ohada.com](http://www.sire-ohada.com).

<sup>956</sup> Ch. TRENOU, « Les systèmes, moyens et incidents de paiement dans les Zones CEMAC et UEMOA », in séminaire interbancaire, Lomé, 26 au 30 mars 2007, compte rendu A. BOCCOVI, [www.sire-ohada.com](http://www.sire-ohada.com); A. BOCCOVI et O. SOW, in « La semaine juridique du banquier-Espace OHADA », 05 au 09 nov. 2007, [www.sire-ohada.com](http://www.sire-ohada.com).

artificiellement la vie de l'entreprise le créancier aggrave son « insolvabilité ». A l'inverse, il peut brutalement retirer son soutien sans raisons suffisantes provoquant, par voie de conséquence, le dépôt de bilan. Lorsque le débiteur cautionné fait l'objet d'une procédure collective, la caution peut, pour se soustraire à l'exécution de l'engagement souscrit, invoquer la faute du créancier en fondant son action sur l'octroi abusif ou le retrait brutal du crédit au débiteur (A) . Elle peut également soutenir que le crédit accordé n'est pas en rapport avec sa solvabilité ; autrement dit, la garantie souscrite est disproportionnée (B).

## **A - Le soutien abusif ou le retrait brutal de crédit au débiteur**

**526. L'interdiction de crédit inconsidéré ou le soutien abusif.** Aucun texte ne définit la notion de soutien abusif. Or, le rôle du banquier est essentiel à toutes les étapes de la vie de l'entreprise et plus indispensable à son sauvetage en cas de difficulté. Cependant, sa responsabilité peut être recherchée pour l'octroi inconsidéré de crédit<sup>957</sup>. M. Bonneau affirme dans ce sens que « *l'importance du contentieux est liée à la défaillance du bénéficiaire du crédit, généralement sous le coup d'une procédure collective* »<sup>958</sup>. Dans cette logique l'article 118 de l'AUPC relatif à « la responsabilité des tiers » en énonçant que « *les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi (...)* » semble consacrer la solution d'un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1976<sup>959</sup> relativement à la responsabilité du banquier dispensateur de crédit pour soutien ou retrait brutal mais en limite la portée. Le droit uniforme limite la mise en jeu de la responsabilité du créancier à la masse. Néanmoins, la référence aux « créanciers » témoigne que le législateur ne vise pas seulement les

<sup>957</sup> F. M. SAWADOGO, *OHADA. Droit des entreprises en difficulté*, préc., n° 60, p. 50.

<sup>958</sup> Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> éd., 1996, n° 718.

<sup>959</sup> Com., 7 janv. 1976, *D.* 1976, 277, note DERRIDA et SORTAIS. Selon cet arrêt « *le syndic trouve, dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, qualité pour exercer une action en paiement des dommages-intérêts contre toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué, par ses agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif* » ; solution très critiquée, notamment, J. GHESTIN, « La prophétie réalisée », sous l'arrêt précité, *JCP* 1976, I, 2786. Dans le même sens, TPI Ouagadougou (Burkina-Faso), 13 juin 1984, *Revue Burkinabé de droit*, n° 12, déc. 1987, p. 501 à 518, note F. M. SAWADOGO. Cette solution a évolué en droit français, Ass. plén., 9 juill. 1993, *JCP G* 1997, II, 362, note POLLAUD-DULIAN, « *dès lors que le syndic, représentant la masse des créanciers, exerce l'action en réparation du préjudice résultant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif du débiteur causé par la faute d'un tiers, auquel il est reproché d'avoir, par ses agissements, retardé l'ouverture de la procédure collective, aucun créancier ayant produit n'est recevable à agir lui-même contre ce tiers en réparation du préjudice constitué par l'immobilisation de sa créance inhérente à la procédure collective à laquelle il est soumis, et notamment par la perte des intérêts. En décidant qu'entraient dans le préjudice personnel des créanciers distinct de celui dont le syndic peut, au nom de la masse, demander réparation, les dommages résultant de l'immobilisation des créances, nés de la faute du tiers- en l'occurrence une banque ayant soutenu de façon fautive une entreprise défaillante- et notamment, la perte des intérêts, la Cour d'appel a violé l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967* ».

établissements de crédits, ce qui permet de prendre en compte les crédits interentreprises et les crédits consentis par les fournisseurs à leurs clients en difficulté.

**527.** La solution retenue par le droit uniforme peut être rapprochée de celle de l'article L. 650-1 du code de commerce issu de la loi française du 26 juillet 2005 relatif à la sauvegarde des entreprises en difficulté. Ce texte dispose que « *les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ». Dans les deux cas le législateur traite de la responsabilité du créancier pour des « agissements fautifs ». En conséquence, il importe d'admettre la faute du créancier pour l'octroi du crédit excédant les facultés du débiteur ayant contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou, encore, à aggraver le passif d'autant plus que la responsabilité du créancier ne peut pas être mise en jeu du seul fait qu'il aurait accordé des crédits.

**528.** Il résulte de ce qui précède que la sanction concerne l'abus ou l'octroi inconsidéré du crédit, sans espoir de remboursement encore appelé « le soutien abusif ». En conséquence, l'alinéa 2 de l'article 118 AUPC autorise la juridiction compétente à réparer le préjudice en choisissant la solution la plus appropriée, soit le paiement des dommages intérêts, soit la déchéance de leurs sûretés pour les créanciers titulaires de garanties. Il ne fait aucun doute que le cautionnement est une garantie. Or, dans cette hypothèse, les créanciers titulaires de garanties peuvent se prévaloir de la déchéance de leurs sûretés ou le paiement de dommages-intérêts. Il s'ensuit par syllogisme que la caution subrogée dans les droits d'un créancier ou garante peut se prévaloir de la déchéance de sa garantie ou peut demander le paiement des dommages et intérêts au créancier auteur du préjudice.

**529. La recevabilité de l'action de la caution.** La caution actionnée par le créancier à la suite d'une rupture abusive de crédit provoquant l'ouverture d'une procédure collective du débiteur principal ou à la suite d'un soutien abusif qui, en retardant l'activité déficitaire, aura augmenté le passif garanti peut se prévaloir du comportement fautif de celui-ci pour mettre en cause sa responsabilité<sup>960</sup>. Mais cette responsabilité ne peut être mise en cause qu'à condition que soient réunis l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage. M. Toè a précisé, de justesse, que généralement l'utilisation en pratique par les

---

<sup>960</sup> Sur l'ensemble de la question, P. LECLERCQ, « L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit », *RJDA* 4/95, études et doctrine, p. 322.

syndics et par certains magistrats de formules telles que « le banquier pouvait savoir » montre que l'on a tendance à présumer la connaissance des difficultés des entreprises, ce qui est loin d'être toujours le cas car le banquier peut lui-même être trompé<sup>961</sup>. Pour cette raison la responsabilité du créancier ne peut et ne doit être retenue que si une faute du créancier est relevée, qui a directement causé le dommage. En pratique la recherche de cette faute reste délicate et M. Sawadogo reconnaît que bien qu'il y ait une espèce de « mode » à invoquer la responsabilité des banques, il n'est pas toujours aisé de délimiter les contours de la faute du banquier<sup>962</sup>. Il en résulte que la faute du créancier doit consister à n'avoir pas cessé son concours ou à avoir accordé de nouveaux crédits alors que la situation du débiteur était obérée ou sans issue. Il en est ainsi lorsque le créancier a pris des risques anormaux, a accordé un montant inhabituel ou a exigé des conditions inhabituelles. Le préjudice que la caution peut être amenée à invoquer et dont elle pourra imputer la cause au créancier en sa qualité de partenaire financier peut résider dans la perte d'une chance pour elle de recouvrer efficacement contre le débiteur ou d'échapper totalement ou partiellement au remboursement du crédit garanti.

**530.** Cependant, la question qui mérite d'être posée est celle de la stratégie judiciaire sur le plan procédural. *A priori*, à suivre les termes de l'article 18 AUS, le préjudice résultant du crédit bancaire abusif peut être analysé comme une exception purement personnelle devant être réservée au seul débiteur. De même, du point de vue de la finalité de la garantie il paraît contradictoire de permettre à la caution d'invoquer comme dommage le fait d'avoir à payer la dette du débiteur principal alors que celle-ci constituait l'objet même de son engagement envers le créancier. Il en découle que la caution ne peut pas opposer la faute du créancier à titre d'exception. En revanche, elle peut être admise à présenter une demande reconventionnelle<sup>963</sup>. Or, dans l'hypothèse de la demande reconventionnelle la caution ne se bornera pas à résister à la demande du créancier ; elle peut contre-attaquer en tentant de faire établir que le créancier est lui-même débiteur à son égard.

---

<sup>961</sup> Y. TOE, « La responsabilité du banquier en matière de crédit », mémoire de DESS, cité par F. M. SAWADOGO, « L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina-Faso », *Revue Burkinabè de Droit*, n° 26, juill. 1994, p. 191-248, note 235.

<sup>962</sup> F. M. SAWADOGO, art. préc., p. 76.

<sup>963</sup> La jurisprudence française était dans ce sens lorsqu'elle décidait que « la caution est recevable à mettre en œuvre la responsabilité du créancier lorsqu'elle intente une action en réparation d'un dommage dont elle se prévaut en raison des conditions dans lesquelles une banque créancière a accordé puis retiré des moyens de financement du débiteur, elle ne peut en dehors du champ d'application de l'article 2037 du Code civil, invoquer dans ses rapports avec le débiteur à titre d'exception pour se soustraire à l'exécution de l'obligation qu'elle a contractée. Par suite, les prétentions de la caution quant à la responsabilité imputée à la banque ne pouvaient être accueillies dès lors qu'elle les invoquait en tant que moyen de défense et non par voie reconventionnelle » : Cass. com., 16 mars 1993, *Bull. civ. IV*, n° 102 ; *Deffrénois*, 1993, art. 33617, p. 1062, n° 103 ; *D.* 1993, somm. com. p. 314, n° 12, obs. L. AYNES ; En ce sens déjà, *Com.*, 9 juin 1987, *D.* 1987, somm. com. p. 451, obs. L. AYNES.

**531.** De plus, la caution dispose d'une action qui lui est propre, qu'elle peut exercer en toute autonomie en réparation d'un préjudice personnel. Par conséquent, la caution qui demande reconventionnellement des dommages et intérêts à un créancier en raison du préjudice qu'elle allègue n'est pas tenue de mettre en cause le débiteur principal ou les organes de la procédure collective de celui-ci.

**532.** Il en résulte qu'en détachant totalement la demande en réparation de la caution de la procédure collective du débiteur l'action de la caution peut s'exercer en marge des contraintes issues de la procédure collective du débiteur. Ainsi lorsque la caution s'estime victime de la faute du créancier, elle cherchera à obtenir par voie reconventionnelle une compensation judiciaire en sollicitant des dommages et intérêts pour le préjudice personnel subi. En effet, aux termes de l'article 26 AUS, l'engagement de la caution disparaît indépendamment de l'obligation principale lorsque sur poursuites dirigées contre elle, la caution excipe de la compensation pour une créance personnelle.

**533.** Au demeurant, la demande de la caution qui veut être déchargée de son obligation même sous forme d'une demande en dommages et intérêts est une défense au fond et non une demande reconventionnelle d'autant plus que la créance de la caution n'est pas née d'un autre rapport d'obligation avec le créancier mais de l'opération de cautionnement. A cet égard, en s'appuyant sur l'article 118, alinéa 2, de l'AUPC, il convient de soutenir que le droit uniforme donne l'option procédurale à la caution puisque ce texte prévoit que la juridiction compétente a le choix entre le paiement des dommages-intérêts et la déchéance de la garantie. En d'autres termes, en cas de faute du créancier ayant privé la caution d'un recours utile ou ayant fait perdre à la caution une chance de ne pas être inquiétée, la caution peut exercer au choix, soit l'action en dommages et intérêts, soit l'action aux fins de décharge. La recevabilité de l'action de la caution fondée sur le soutien ou le retrait brutal de crédit est une manifestation évidente du maintien du droit commun du cautionnement dans les procédures collectives. Mais ce maintien peut être étendu à la reconnaissance du principe de proportionnalité de l'engagement de la caution.

## **B - L'engagement disproportionné de la caution**

**534. La solvabilité de la caution : un principe initialement compris dans le seul intérêt du créancier.** La combinaison de l'article 5, alinéa 2, de l'AUS selon lequel « *la caution doit présenter des garanties de solvabilité* » et de l'article 6 du même Acte uniforme qui énonce que « *lorsque la caution reçoit par le créancier, volontairement ou en justice, est devenue insolvable,*

*le débiteur doit en fournir une autre ou fournir une sûreté réelle donnant les mêmes garanties au créancier* » fait apparaître que le législateur semble envisager exclusivement dans cette hypothèse la protection du créancier. Cette solution est la conséquence de l'évolution du droit français en la matière. En vérité, pendant longtemps le droit du cautionnement s'est montré relativement indifférent à la solvabilité de la caution ou ne la prenait en compte que dans l'intérêt du créancier par l'interprétation de l'ancien article 2018 du Code civil. Ce texte dispose que « *le débiteur obligé à fournir caution doit en présenter une (...) qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation* ». Dans cette logique, en droit français, un arrêt du 3 mars 1987 a pu écarter toute nécessité pour les juges du fond de rechercher l'existence de la faute éventuellement commise par un créancier ayant accepté un engagement hors de proportion avec les facultés financières de la caution<sup>964</sup>. MM. Aynès et Crocq ont fait remarquer à ce stade de l'analyse que « *le cautionnement, par essence, est conclu dans l'intérêt du créancier, et non dans celui de la caution* »<sup>965</sup>. Une telle conception du cautionnement paraissait critiquable dans la mesure où le caractère unilatéral du cautionnement ne signifie pas que « *le créancier doit se voir conférer un blanc seing comportemental, encore moins à une époque où les droits discrétionnaires sont une catégorie en voie de disparition* »<sup>966</sup>. Par conséquent, la recherche de l'équilibre contractuel et la protection de la caution doivent conduire à la consécration de la « théorie de la proportionnalité » d'une façon expresse dans le cautionnement en droit OHADA.

**535. Le changement d'analyse : la souscription de garanties disproportionnées, un agissement fautif.** L'unique article 118 de l'AUPC de la section relative à « la responsabilité des tiers » dans le cadre des procédures collectives énonce que les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi<sup>967</sup>. En fait, la responsabilité du créancier ayant consenti du crédit au débiteur peut être recherchée

<sup>964</sup> Cass. com., 3 mars 1987, *Bull. civ. IV*, n° 58 ; *D.* 1987, somm. p. 449, obs. L. AYNES ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm., p. 443, obs. A. PIEDELIEVRE : « *le créancier était libre d'accepter une caution ne répondant pas à toutes les exigences des articles 2018 et suivants* ». Antérieurement à cette décision, Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1988, *Bull. civ. I*, n° 173 ; *D.* 1988, IR, p. 177, qui décide que « *les dispositions de ce texte qui déterminent les qualités que doit présenter la caution que le débiteur s'est engagé à fournir sont protectrices des seuls intérêts du créancier et ne peuvent être invoquées par la caution pour se soustraire à son engagement* ». Dans le même sens, Com., 7 fév. 1984, *Gaz. Pal.* 1984, 2, pan. 163, obs. A. PIEDELIEVRE, où il est jugé que l'article 2018 du Code civil étant protecteur des seuls intérêts du créancier, il était loisible à celui-ci d'accepter une caution ne répondant pas aux conditions édictées par ce texte.

<sup>965</sup> L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 294.

<sup>966</sup> Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 107, note 171 ; D. ROETS, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997, chron., p. 92 et s. ; sur la critique de l'irresponsabilité conférée par la loi de sauvegarde au créancier dispensateur de crédit, V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « La responsabilité des créanciers (C. com., art. L. 650-1, issu de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005) », *Rev. Lamy droit civil*, nov. 2007, p. 64 et s.

<sup>967</sup> Sur la question de la responsabilité des tiers, voir D. NZOUABETH, « La responsabilité des tiers en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif dans l'espace OHADA », *Rev. proc. coll.*, déc. 2007, p. 192 et s.

principalement dans deux hypothèses : en cas de concours accordé à un débiteur en situation désespérée ou en cas de crédit ruineux. Si les hypothèses de « fraude » et « d'immixtion caractérisée » dans la gestion du débiteur ne font pas de doute à entrer dans la rubrique des « agissements fautifs », que dire du cas où des garanties prises en contrepartie des concours financiers sont disproportionnées à ceux-ci ? Le législateur OHADA est muet sur ce point. De même, aucune décision n'est rendue en la matière pour éclairer l'opinion à notre connaissance. Dans cette situation il faut admettre que le créancier puisse être poursuivi non seulement pour la souscription de garanties disproportionnées par rapport au crédit consenti mais aussi et surtout, par rapport aux facultés de la caution pour au moins deux raisons.

**536.** D'une part, lorsque le débiteur reste tenu par la convention, la loi de chaque Etat partie au Traité de l'OHADA ou la décision de justice, de fournir une caution l'article 5, alinéa 2, de l'AUS énonce que « *la caution doit présenter des garanties de solvabilité appréciées en tenant compte de tous les éléments de son patrimoine* ». Par définition, la solvabilité dérive du latin *solverer*, qui signifie payer. Selon Cornu<sup>968</sup>, le mot a deux sens : l'un subjectif, l'autre objectif. Dans son premier sens, est solvable, celui « *qui a les moyens de payer ses dettes, se dit d'une personne qui, à la tête de ses affaires, paie régulièrement ce qu'elle doit* ». Cette définition semble être subjective pour ne concerner que les personnes qui exercent une activité. Dans son second sens, est solvable « *qui est capable de faire face à une dette par ses liquidités ou même son actif à réaliser* ». Ainsi est solvable, celui qui a la capacité de payer, celui qui est apte à régler ses dettes. La solvabilité ainsi entendue est objective. Il est donc évident que toute personne dont les dettes outrepassent la surface financière qui n'est pas capable de régler l'ensemble de ses dettes est dit insolvable.

**537.** Contrairement à l'ancienne législation française<sup>969</sup> dans laquelle la solvabilité n'est appréciée qu'en tenant compte des immeubles de la caution en vertu du vieil adage « *Res mobilis, res vilis* », sauf en matière de commerce, l'Acte uniforme adopte une solution plus réaliste en visant « tous les éléments du patrimoine » sans distinction, « *ce qui permet de mieux mesurer la couverture de la dette* »<sup>970</sup>. L'exigence de solvabilité de la caution telle que retenue dans l'Acte uniforme peut être fragile en ce qu'aucun critère ne permet de l'apprécier. Deux critères avaient été envisagés en droit français pour la qualification de la disproportion : un

<sup>968</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF 2004, V° « Solvable ».

<sup>969</sup> Article 2019 C. civ. « *La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'en égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique* ».

<sup>970</sup> F. ANOUKAHA et autres, *OHADA, Sûretés*, op. cit., n° 52, p. 23.

critère temporel et un critère mathématique. Selon la doctrine<sup>971</sup> et la jurisprudence<sup>972</sup> françaises, il faut non seulement se placer à la date de la conclusion du contrat pour apprécier la solvabilité de la caution mais tenir également compte de l'évolution de sa situation économique. Cependant, à partir de l'exigence de la solvabilité de la caution, la proportionnalité peut être admise et définie au moyen d'une approche finaliste comme un « *principe de juste mesure, qui met en œuvre une proportionnalité finalisée, et non pas seulement mathématique, par rapport aux objectifs légitimes poursuivis, ou à ceux que l'on devait poursuivre, et qui impose tantôt une proportionnalité stricte, tantôt une proportionnalité relative, consistant en la sanction des seuls excès manifestes* »<sup>973</sup>.

**538.** Par ailleurs, en ce qui concerne le critère temporel le législateur dit tout simplement que la solvabilité de la caution est appréciée en tenant compte de tous les éléments de son patrimoine. A quelle époque faut-il se placer pour apprécier la solvabilité ? Cette question de l'époque d'appréciation de la solvabilité s'était posée récemment en droit français dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 juin 2003 dans lequel il a été décidé que la disproportion devait être appréciée « à l'époque des cautionnements »<sup>974</sup>. Seulement, le vocable « époque » demeure en effet juridiquement équivoque : vise-t-on le moment où le cautionnement est conclu ou la durée au cours de laquelle il se trouve applicable ou, encore, l'instant auquel le bénéficiaire le met en œuvre ? Un effort d'interprétation devient alors nécessaire. Selon Avena-Robardet<sup>975</sup>, c'est « à la date de la conclusion du contrat de cautionnement qu'il convient d'apprécier son caractère manifestement disproportionné. Peu importe donc que la caution s'appauvrisse ultérieurement ». Cette solution semble être la plus idoine. En effet, à cette date, les données financières dont les parties ont connaissance sont à peu près certaines lorsque les revenus et le patrimoine de la caution ont été correctement évalués ; à ce moment, le banquier connaît presque avec exactitude, la consistance des biens sur lesquels il pourra recouvrer sa créance<sup>976</sup>. A cet égard, en vue de protéger la caution contre le créancier professionnel, le législateur OHADA pourra compléter l'article 5 AUS en ajoutant qu' un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une caution dont l'engagement

<sup>971</sup> V. AVENA-ROBARDET, « Réforme inopinée du cautionnement », *D.* 2003, n° 30, p. 2083 ; F. GUERCHOUN, note sous Cass. com., 11 juin 2003, *Petites affiches*, 9 avril 2004, n° 72, p. 12.

<sup>972</sup> Cass. com., 11 juin 2003, pourvoi n° 00-11913 précité.

<sup>973</sup> Sur l'ensemble de la question, voir « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », colloque de Paris du 20 mars 1998, *Petites affiches*, n° 117, 30 sept. 1998, avec le « Rapport introductif » de M. BEHAR-TOUCHAIS, p. 3 et s. et p. 68.

<sup>974</sup> Cass. com. 11 juin 2003, pourvoi n° 00-11913 : « *Les cautions s'étant bornées à se prétendre insolubles sans alléguer que la charge de la dette était manifestement disproportionnée avec le patrimoine et leurs ressources à l'époque des cautionnements le moyen ne peut être accueilli (...)* ».

<sup>975</sup> V. AVENA-ROBARDET, art. préc., p. 2086.

<sup>976</sup> F. GUERCHOUN, note sous Cass. com., 11 juin 2003, préc., n° 72, p. 12.

était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus à moins que le patrimoine de cette caution, au moment ou celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation .

**539.** D'autre part, l'Acte uniforme sanctionne les agissements fautifs du créancier dans le cadre des procédures collectives en accordant le pouvoir à la juridiction compétente de réparer le préjudice en choisissant la solution la plus appropriée, soit le paiement des dommages et intérêts, soit la déchéance des sûretés pour les créanciers titulaires de garanties<sup>977</sup>. Il est vrai que le droit uniforme ne prévoit pas de façon claire le principe de proportionnalité et la sanction de la disproportion dans le cautionnement. Néanmoins, le droit comparé peut éclairer le juge dans l'espace OHADA en la matière. Des décisions de juges constitutionnels et administratifs nettement préceuses en la matière et relayées par le droit allemand sont édifiantes<sup>978</sup>. De plus, l'exigence de proportionnalité a fait l'objet de récentes et importantes études en droit privé visant à en créditer son existence<sup>979</sup>. En droit français, en réalité, c'est par un arrêt du 17 juin 1997 dit « Macron », devenu célèbre, dans lequel un dirigeant s'est porté caution avaliste de divers effets de commerce, pour un montant de 20 millions de francs, que le juge français s'est prononcé clairement sur la question. La chambre commerciale avait décidé que « *la Cour d'appel, tout en estimant que M. Macron n'avait pas commis d'erreur, viciant son consentement, a pu estimer, en raison de " l'énormité de la somme garantie par une personne physique", que, dans les circonstances de fait exclusives de toute bonne foi de la part de la banque, cette dernière avait commis une faute en demandant un tel aval, "sans aucun rapport" avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste* »<sup>980</sup>. Cette solution certes adoptée en matière d'aval reste néanmoins

<sup>977</sup> Article 118, alinéa 2, de l'AUPC.

<sup>978</sup> Les dispositions du § 138, alinéa 1<sup>er</sup> BGB ont été souvent citées en exemple. Ce texte dispose qu'un acte juridique qui porte atteinte aux bonnes mœurs est nul. R. FRANCK, « Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand », *Mélanges A. RIEG*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 317 et s. ; Cl. WITZ, « Chroniques de droit civil allemand », *RTD civ.* 1994, p. 443 et s. ; *RTD civ.* 1997, p. 277 ; *RTD civ.* 1995, p. 705 où l'auteur cite un arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale ayant annulé, pour contrariété aux bonnes mœurs sur le fondement de l'article 138 alinéa 1<sup>er</sup> BGB, le cautionnement donné par un jeune homme gagnant environ 1. 500 D. M. par mois pour le compte de ses parents, alors que la dette cautionnée avoisinait 2 millions de D. M., ceci en raison de sa disproportion intrinsèque. La notion de bonnes mœurs en droit allemand revêt un sens plus large qu'en droit français où elle constitue l'équivalent de la bonne foi.

<sup>979</sup> Sur l'ensemble de la question, S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préface H. MUIR-WATT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000 ; D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, thèse Paris II, 2001 ; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, préface C. THIBIERGE, LGDJ, 2002 ; « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », colloque de Paris du 20 mars 1998, *Petites affiches*, n° 117, 30 sept. 1998, avec le « Rapport introductif » de M. BEHAR-TOUCHAIS, p. 3 qui conclut (p. 68) à l'existence d'un tel principe en droit positif ; D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », p. 12 et s. ; N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », p. 21 et s. ; H. LECUYER, « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », p. 31 et s. ; D. LEGEAIS, « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », p. 38 et s.

<sup>980</sup> Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. civ.* IV, n° 188 ; *D. Aff.* 1997, p. 929 ; Defrénois, 1997, article 36703, p. 1424, n° 158, obs. L. AYNES ; *Dr. soc.*, oct. 1997, p. 8, obs. Th. BONNEAU ; *RTD com.* 1997, p. 662, obs. M.

transposable au cautionnement d'autant plus que l'aval est, par nature, un cautionnement solidaire de droit cambiaire.

**540.** De même, en s'inspirant de la notion de « prêt responsable » consacrée par le droit de l'Union Européenne<sup>981</sup> le législateur pourra compléter l'article 118 AUPC en prévoyant que « *les créanciers peuvent également être tenus pour responsables à l'égard des cautions du fait des concours consentis au débiteur lorsque les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* »<sup>982</sup>. Cette solution peut être une nouvelle hypothèse de décharge de la caution de son engagement fondée sur le principe de proportionnalité en moralisant et en disciplinant les établissements de crédit qui accepteraient un engagement de caution qui se trouverait manifestement disproportionné eu égard aux revenus de cette dernière. Cette disproportion entre la solvabilité de la caution et le *quantum* de son obligation devra s'apprécier à la formation du contrat et se traduire par l'inefficacité du contrat de cautionnement au moment où l'établissement de crédit entendrait l'exécuter lorsque le débiteur principal est défaillant ou fait l'objet d'une procédure collective.

---

CABRILLAC ; *RD bancaire et bourse*, 1997, p. 221, obs. M. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *JCP E* 1997, II, 1007, note D. LEGEAIS ; *D.* 1998, p. 208, note J. CASEY ; *Petites affiches*, 27 mai 1998, p. 33, note S. PIEDELIEVRE ; *RTD civ.* 1998, p. 100, obs. J. MESTRE et p. 157, obs. P. CROCQ. En l'espèce, la cour a procédé à une réduction du montant de l'aval par compensation de ce dernier avec la faute mise à la charge du créancier. L'aval a donc subi une réduction de 15 millions de franc pour ne porter que sur une somme de 5 millions. Dans le sens contraire, voir l'arrêt « Nahoum » : Cass. com., 8 oct. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 136 ; *Defrénois*, art. 37691, n° 22, p. 411, obs. Ph. THERY ; *RTD civ.* 2003, p. 125, obs. P. CROCQ ; *D.* 2003, p. 414, note C. KOERING ; *JCP E* 2003, p. 1920, note D. LEGEAIS ; *JCP G* 2003, II, 10017, note Y. PICOD ; *Banque et Droit*, janv./fév. 2003, p. F. JACOB ; *JCP E* 2003, p. 706, obs. J.-J. CAUSSAIN, Fl. DEBOISSY et G. WICKER. Antérieurement, Com., 26 mars 2002, *JCP E*, 2003, p. 903, note A. GOURIO. Postérieurement, com., 25 mars 2003, *RD bancaire et fin.* juill./août 2003, n° 135, obs. D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 2004, p. 124, obs. P. CROCQ ; *JCP E* 2004, I, 69, n° 4, obs. Ph. SIMLER.

<sup>981</sup> L'exigence générale de « prêt responsable consacrée par l'article 9 de la proposition de directive du 11 septembre 2002 relative « à l'harmonisation des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit aux consommateurs ». B. STAUDER, « Le "prêt responsable". L'exemple de la nouvelle loi sur le crédit à la consommation », *Liber amicorum, Mélanges Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 1030.

<sup>982</sup> Pour une étude globale, voir, R. DAMMANN, « La situation des banques titulaires de sûretés », après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit*, 2005, n° 103, p. 16 ; B. GEROSA, « Un nouveau rôle pour le banquier face aux entreprises en difficulté », *Petites affiches*, 2006, n° 35, p. 94 ; P. HOANG, « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D. Aff.*, 2006, p. 1458 ; P.-M. LE CORRE, « Premier regard sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) », *D. Aff.* 2005, p. 2322 ; D. LEGEAIS, « Les concours consentis à une entreprise en difficultés (c. com., art. L. 650-1) », *JCP E*, 2005, 1510 ; J. MOURY, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *D. Aff.*, 2006, p. 1743 ; G. PIETTE-ARCAUTE, « Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L.650-1 du Code de commerce », *Rev. Lamy droit civil*, 2006, n° 28, p. 27 ; D. ROBINE, « L'article L.650-1 du Code de commerce : un "cadeau" empoisonné ? », *D. Aff.* 2006, p. 69 ; N. RONTCHEVSKY, « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit*, 2006, n° 105, p. 17 ; R. ROUTIER, « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif. Commentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. Pal.*, 2005, doctrine, p. 3012 ; du même auteur, « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D. Aff.*, 2005, p. 1478 ; « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un article « détonnant » pour le débiteur et « détonant » pour le contribuable ? », *D. Aff.*, 2006, p. 2916 ; D. VIDAL, « La responsabilité civile du banquier dans la faillite de son client, *RD bancaire et fin.*, 2006, n° 6, p. 89.

**541.** Seulement cette mesure de protection doit s'appliquer sans distinction entre les cautions, qu'elle soit personnelle ou réelle, personne physique ou morale<sup>983</sup>. Des auteurs, notamment MM. Piedelièvre et Crocq, sont aussi favorables à l'extension de la mesure aux cautions personnes morales<sup>984</sup>. M. Crocq affirme à cet effet qu'« *une fois le principe général de proportionnalité dégagé de sa gangue consumériste, on ne voit pas pourquoi il ne serait pas appliqué à une caution personne morale laquelle peut, tout aussi bien, souscrire un engagement sans rapport avec le montant d son patrimoine et de ses ressources, dans des circonstances de fait exclusives de toute bonne foi de la part de la banque* »<sup>985</sup>. M. Dupichot aussi est favorable à cette extension à la personne morale mais il précise, avec raison, qu'à condition qu'il s'agisse des personnes morales n'ayant pas fait l'objet d'un contrôle statutaire de leur solvabilité<sup>986</sup>. Par ailleurs, cette solution doit être étendue à certains dirigeants cautions, parce qu'en pratique, le dirigeant caution qui invoque la règle de proportionnalité de son engagement mérite plus d'attention que l'emprunteur dirigeant qui se prévaut de l'octroi d'un crédit excessif<sup>987</sup> dans la mesure où, la caution dirigeante et associée majoritaire supporte généralement, de plein fouet, le contournement de la limitation de sa responsabilité à ses apports<sup>988</sup>.

**542. Le seuil de la proportionnalité.** Une difficulté dans l'appréciation de la disproportion du cautionnement consistera à déterminer le seuil à partir duquel l'engagement de la caution peut être regardé comme manifestement disproportionné au contrat de base ou aux ressources et revenus de la caution<sup>989</sup>. Le seul facteur décisif dans l'appréciation de la solvabilité de la caution

---

<sup>983</sup> En droit français, seule la caution personne physique est visée l'article L. 341-4 du code de la consommation car, il semble, selon LEGEAIS (note sous Com., 17 juin 1997, *JCP E* 1997, II, 1007), qu'« *il s'agit de protéger le patrimoine individuel du garant* » ; cependant, l'exigence de la solvabilité prévue par le droit uniforme ne fait pas de distinction ; de plus, l'article 650-1, en prévoyant la responsabilité des établissements de crédit pour les garanties disproportionnées au concours financier, n'est pas explicite sur la qualité du garant.

<sup>984</sup> S. PIEDELIEVRE, « Le cautionnement excessif », *Deffrénois*, 1998, art. 36836, p. 850 et P. CROCQ, obs. *RTD civ.* 1998, p. 160

<sup>985</sup> P. CROCQ, *RTD civ.* 1998, p. 160

<sup>986</sup> P. DUPICHOT, thèse préc., n° 118

<sup>987</sup> Le dirigeant caution peut ne pas être celui-là même qui aura sollicité, en tant que dirigeant ayant représenté la société débitrice emprunteuse, Com., 1<sup>er</sup> juill. 2003, *RD bancaire et fin.*, jan./fév. 2004, n° 13, obs. A. CERLES, où la cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu la responsabilité de la banque en relevant « *que l'action était dirigée contre la banque non par l'emprunteur lui-même mais par M. X en sa qualité de caution, dont l'arrêt ne relève en aucune façon qu'elle aurait eu un rôle dans la gestion de l'entreprise ou dans la présentation du prêt* ».

<sup>988</sup> A. PIEDELIEVRE, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.* 1982, 1, doct., p. 85.

<sup>989</sup> Le revenu n'est pris en compte que lorsqu'il s'agit d'un associé caution, étant entendu que l'appréciation de la solvabilité de la caution se fait au jour de la conclusion de la garantie. Dans ce sens, Com., 17 déc. 2003, *Gaz. Pal.* 23-24 mai 2004, p. 15, obs. S. PIEDELIEVRE : la cour d'appel doit tenir compte, selon la Cour de cassation, « *du succès escompté de l'opération financée et non du montant de la garantie* » ; Com., 6 fév. 2007 (*RD bancaire et fin.*, mars/avr. 2007, p. 19, note D. LEGEAIS), a pris en compte, pour apprécier la disproportion, le revenu de la caution, 3. 800 contre un remboursement mensuel de 6. 200, alors que, le banquier a déduit imprudemment des

est la consistance de son patrimoine, entendu comme comprenant l'ensemble de ses revenus, en rapport avec la garantie consentie. Il convient de prendre en considération le caractère « manifestement disproportionné » de l'engagement de la caution par rapport au patrimoine. Mais que doit-on entendre par disproportion manifeste ? A partir de quel seuil, la disproportion est considérée comme manifeste ? La disproportion est manifeste lorsqu'elle se révèle évidente<sup>990</sup>. Selon Cornu<sup>991</sup> le caractère « manifeste » désigne ce qui est « 1. criant ; qui appelle et justifie incontestablement une intervention, une réaction ; 2. en soi très apparent, patent, qui se révèle de lui-même et de façon très visible ; 3. grave, parce que nécessairement perceptible, grossier ». En fait, le cautionnement serait excessif lorsqu'il excèderait une somme correspondant à l'addition du montant du capital et de trois fois les revenus annuels de la caution<sup>992</sup>. Dans ce sens, Bastin fait remarquer qu'« une règle semble se dessiner en jurisprudence selon laquelle le contrat de cautionnement est manifestement excessif lorsqu'il soumettrait la caution à se départir chaque mois d'une somme excédant 30% de ses revenus disponibles »<sup>993</sup>.

**543.** Cependant, cette mesure de protection ne concernerait que la caution non avertie, mais la qualité de « caution avertie » semble se limiter au seul dirigeant ayant une responsabilité au sein de l'entreprise du point de vue de la prise des décisions<sup>994</sup>. Dans un arrêt du 6 février 2007, il a été jugé que la concubine, pourtant associée peut être réputée non avertie et bénéficier en conséquence du principe de proportionnalité<sup>995</sup>. Or, en l'espèce, la caution pouvait prétendre à la qualité de caution avertie dans la mesure où, elle était associée et les juges de fond ont relevé qu'elle contribuait aux côtés de son concubin à l'exploitation du fonds de commerce, autrement dit, elle faisait partie des proches s'immisçant dans la gestion et donc à ce titre au courant des résultats de l'entreprise. Néanmoins d'autres éléments ont été pris en compte. En effet, en l'espèce, la disproportion est retenue pour deux motifs : d'une part, le revenu de la caution, d'autre part, l'établissement de crédit avait été imprudent de déduire des résultats antérieurs bénéficiaires de l'entreprise et de sa qualité d'associée que les revenus de la caution augmenteraient de façon sensible et régulière.

---

résultats antérieurs bénéficiaires de l'entreprise et de la qualité d'associée de la caution, que ses revenus augmenteraient de façon sensible et régulière.

<sup>990</sup> Larousse de poche 2007, V° « Manifeste ».

<sup>991</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., V° « Manifeste ».

<sup>992</sup> La position du Conseil d'Etat français en matière fiscale, citée par Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 118, p. 117.

<sup>993</sup> J. BASTIN, *Le paiement de la dette d'autrui*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1999, p. 91.

<sup>994</sup> Cass. com., 3 mai 2006, (2<sup>e</sup> espèce), *Banque et Droit*, 2006, n° 108, p. 53, obs. N. RONTCHESKY ; *D. Aff.* 2006, p. 1445, obs. DELPECH ; *D. Aff.* 2006, p. 1618, note J. FRANCOIS ; *Gaz. Pal.*, 28 juin 2006, p. 5, note S. PIEDELIEVRE ; *Rev. Lamy droit civil*, 2006, n° 28, p. 23, obs. KLEITZ ; *Petites affiches*, 5 mars 2007, n° 46, p. 14 ; *RJDA*, 2006, n° 1159 ; *JCP G* 2006, II, 10122, note A. GOURIO ; J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité », art. préc., p. 29.

<sup>995</sup> Cass. com., 6 fév. 2007, *Juris-Data*, n° 2007-037250, *RD bancaire et fin.*, mars/avr. 2007, p. 19, note D. LEGAIS.

544. Cette solution peut être rapprochée de celle où les cautions étaient parents du gérant d'une société et principaux associés. En l'espèce, la Cour de cassation avait cassé l'arrêt ayant fait bénéficier les cautions du principe de proportionnalité au motif que la Cour d'appel s'était déterminée sans rechercher « *si eu égard à la taille de la société et à leur participation dans celle-ci, les cautions, associés et parents du gérant, ne disposaient pas de tous les renseignements utiles pour apprécier l'opportunité de leurs engagements* »<sup>996</sup>. Il en résulte que les cautions avaient été ainsi considérées comme averties, mais toujours, est-il qu'il doit exister un devoir de proportionnalité à la charge du banquier dispensateur de crédit<sup>997</sup>.

545. **Conclusion de la section 1.** Le seul fait pour le banquier d'octroyer du crédit au débiteur ne peut constituer une source de sa responsabilité car l'entreprise ne peut pas être coupée de son environnement financier surtout à un moment où elle a le plus besoin de soutien. La mise en jeu de la responsabilité du créancier peut, à la limite, résulter de l'inobservation du devoir général de bonne foi et de loyauté qui lui impose de ne pas aggraver le sort du débiteur principal car, il compromettrait, par voie de conséquence, la situation de la caution. Ainsi, pourra lui être reproché l'absence ou l'insuffisance d'information résultant de son obligation de mise en garde dans l'hypothèse du silence du créancier sur la situation obérée ou le projet non viable que la caution ignore, d'une part, et le manquement au devoir de mise en garde et l'octroi de crédit disproportionné par rapport au crédit ou au patrimoine et revenus de la caution, traduisant un soutien abusif du débiteur, d'autre part. Tout compte fait, le devoir de mise en garde et la règle de proportionnalité sont imbriqués et constituent des moyens de défense de la caution qui peuvent se manifester très souvent au moment de la mise en œuvre du cautionnement que la procédure collective ne saurait altérer.

## **Section 2 - Le devoir du créancier dans l'exécution du cautionnement en période de difficulté du débiteur**

546. **Le devoir de bonne foi dans l'exécution du cautionnement : contreponds de l'unilatéralité du cautionnement.** La mise en œuvre du cautionnement dans le cadre des procédures collectives se présente *a priori* comme engageant exclusivement la caution car,

---

<sup>996</sup> Com., 13 fév. 2007, *Juris-Data*, n° 2007-037432 ; L. AYNES, « Cautionnement excessif : application dans le temps de la sanction légale », *Droit et Patrimoine*, 2007, n° 155, p. 22.

<sup>997</sup> Relativement au sort de la caution, M. LASSERRE CAPDEVILLE (« Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité », art. préc., p. 36) estime, pour sa part, qu'il n'existe plus une obligation de proportionnalité à la charge du banquier, en référence à l'article L. 650-1 issu de la loi française du 26 juillet 2005, mais se demande pendant combien de temps.

débitrice d'une obligation que le débiteur lui-même ne peut ou ne doit exécuter en ce moment. Cependant, le droit de poursuite indépendamment de toute action contre le débiteur principal dont dispose le créancier contre la caution est contrebalancé par les devoirs de bonne foi mis à sa charge. M. Legeais faisait observer qu' « *alors qu'il n'avait que des droits dans la phase d'exécution de sa garantie, le créancier bénéficiaire d'un cautionnement voit aujourd'hui ses prérogatives limitées* »<sup>998</sup>. Mouly avait relevé dans sa thèse le rôle important de la bonne foi dans l'exécution du cautionnement<sup>999</sup>, relayé très récemment par des auteurs qui voient eux aussi dans l'exécution du cautionnement « *une obligation générale de bonne foi* » à la charge du créancier<sup>1000</sup>. Pour soustraire la caution du bon vouloir de ses partenaires le législateur de l'OHADA charge le créancier de l'informer de toute défaillance du débiteur principal au cours de l'exécution du cautionnement (Paragraphe 1) et de préserver ses intérêts dans les remises consenties au débiteur (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 - Le devoir d'information de la caution à la charge du créancier**

**547. L'information dans l'exécution du cautionnement.** Pendant longtemps le principe traditionnel retenu est celui d'une obligation de se renseigner de la part de la caution<sup>1001</sup>; de ce fait, le créancier n'avait aucun devoir d'informer la caution au cours de l'exécution du contrat de cautionnement<sup>1002</sup>. Seulement une idée géniale émise par Demogue selon laquelle le contrat s'assimile à une sorte de « microcosme »<sup>1003</sup> dans lequel chaque contractant devait « *avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* »<sup>1004</sup> a eu un écho remarquable dans le droit du cautionnement à travers la loi française du 1<sup>er</sup> mars 1984 puis le droit uniforme issu de l'OHADA qui consacrent le principe légal d'information de la caution. Ainsi lorsque la caution sera poursuivie, elle aura tendance de plus en plus fréquemment à dénoncer le comportement fautif du créancier, en lui reprochant l'absence d'information ayant aggravé sa situation (A). Par application large de ce devoir d'information le

<sup>998</sup> D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 216.

<sup>999</sup> Ch. MOULY, thèse préc., n° 438 et 445 et s.

<sup>1000</sup> Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 124, p. 123.

<sup>1001</sup> D. LEGEAIS, « La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », préc., p. 6.

<sup>1002</sup> L.-M. MARTIN, « L'information de la caution », *Mélanges De JUGLART*, LGDJ/Litec/Montchrestien, 1986, p. 155 et s.; Certaines décisions ont refusé postérieurement à la loi de 1984 de reconnaître un devoir général d'information de la caution. Dans ce sens, Com., 7 avr. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 148; *RTD civ.* 1992, p. 607, obs. M. BANDRAC; *JCP G* 1993, II, 22209, note Y. PICOD; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 fév. 1996, *D.* 1996, somm. p. 265, note L. AYNES; Com., 1<sup>er</sup> juin 1999, *Gaz. Pal.* 25-26 juin 1999, p. 11; *D.* 1999, IR, p. 182; *Banque et Droit*, sept./oct. 1999, p. 47, obs. F. JACOB.

<sup>1003</sup> R. DEMOGUE (*Traité des obligations en général*, t. 6, préc., n° 3) affirmait que « *les contrats forment une sorte de microcosme; c'est une petite société où chacun doit travailler pour un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors, de l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur, tend à se substituer une certaine union* ».

<sup>1004</sup> R. DEMOGUE, préc., n° 29.

manquement de la part du créancier sera sanctionné par la déchéance des intérêts de la dette garantie indépendamment de l'ouverture ou de la clôture d'une procédure collective (B).

#### **A - L'affirmation du devoir d'information**

**548. Le devoir d'information dans le cautionnement de droit commun.** Le maintien du cautionnement dans le droit des procédures collectives peut être observé dans le devoir d'information à la charge du créancier prévu par l'article 14, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'AUS qui énonce que « *le créancier doit aviser la caution de toute défaillance du débiteur, déchéance ou prorogation du terme en indiquant le montant restant dû par lui en principal, intérêts et frais au jour de la défaillance, déchéance ou prorogation du terme* ». Ce texte est une disposition d'ordre public qui s'inscrit dans le prolongement de l'article 13 du même Acte uniforme selon lequel « *le créancier doit aviser la caution de toute défaillance du débiteur principal et ne peut entreprendre des poursuites contre elle qu'après une mise en demeure de payer adressée au débiteur et restée sans effet (...)* ». Le devoir ainsi mis à la charge du créancier porte essentiellement sur la défaillance du débiteur principal, la déchéance du terme et la prorogation de terme.

**549.** A lecture de ce texte, des précisions s'imposent par rapport aux termes usités. D'abord, la défaillance dans cette hypothèse suppose donc l'impossibilité de paiement du débiteur sous le coup de la procédure collective ou tout signe présageant un défaut de paiement au moment convenu. Ensuite, la déchéance du terme suppose la situation difficile ou compromise rendant exigible la dette par anticipation dans la procédure de liquidation des biens ou intervenant le plus souvent à titre de sanction contre le débiteur et constituant une mesure de sauvegarde des intérêts du créancier. Une telle mesure traduit les difficultés du débiteur relativement à sa capacité future à honorer ses engagements et sa connaissance nécessaire par la caution lui permettant de prendre toutes les dispositions idoines pour sa défense ou pour sauvegarder son action récursoire à venir. Enfin, la prorogation du terme signifie que le débiteur ayant fait l'objet des procédures collectives a pu bénéficier de la prorogation des échéances obtenue dans le cadre des remises concordataires. Cette solution est regardée comme un devoir d'information dans le cautionnement de droit commun dont la violation peut constituer un moyen de défense de la caution ordinaire poursuivie mais également pour la caution de tous engagements.

**550. Le devoir d'information dans « le cautionnement de tous engagements ».** La question du cautionnement de tous engagements du débiteur ou cautionnement général dans lequel la

caution s'engage à garantir « *tout ce que le débiteur principal doit ou pourra devoir au créancier* », a été également visé par le droit uniforme. Dans ce sens, l'article 14, alinéa 2, de l'AUS prévoit que « *lorsque le cautionnement est général, le créancier est tenu, dans le mois qui suit le terme de chaque trimestre civil, de communiquer à la caution l'état des dettes du débiteur en précisant leurs causes, leurs échéances et leurs montants en principal, intérêts, commissions, frais et autres accessoires restant dus à la fin du trimestre écoulé, en lui rappelant la faculté de révocation* ». Cette mesure de protection de la caution a été perçue comme très contraignante pour le créancier particulièrement lorsqu'on la compare à la solution issue de la loi française du 1<sup>er</sup> mars 1984 qui requiert que de telles informations soient communiquées seulement une fois par an et uniquement lorsque la caution est une personne physique. Cependant, cette précaution est compréhensible du fait de l'importance et du danger de l'engagement de la caution dans le cautionnement général<sup>1005</sup>. Il résulte de cette disposition que le droit uniforme ne fait aucune distinction entre la nature des engagements dans l'exigence du devoir d'information mais la difficulté reste à délimiter l'application de la règle *rationæ temporis* ou *rationæ materiae*.

**551. L'application dans le temps du devoir d'information.** Le Traité de Port-Louis portant création de l'OHADA prévoit en son article 10 que « *les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ». Il s'ensuit logiquement que les engagements conclus avant ledit Traité peuvent être influencés par la règle d'application immédiate proclamée par le Traité<sup>1006</sup>. Ainsi la question qui se pose est celle de savoir si l'obligation d'information annuelle du droit français reprise par certaines législations internes peut continuer à s'appliquer au cautionnement sans limitation de durée, acte à exécution successive ou, au contraire, cette situation doit-elle être rattrapée par le droit uniforme. A ce niveau en effet, nonobstant son caractère impératif la CCJA a dans un arrêt du 15 juillet 2004 décidé que l'Acte uniforme portant droit des sûretés n'étant applicable qu'aux sûretés consenties ou constituées après son entrée en vigueur l'obligation d'information de la caution qu'il prévoit n'est pas applicable au cautionnement consenti antérieurement à son entrée en vigueur, lequel reste régi jusqu'à son extinction par la législation en vigueur au moment de sa constitution<sup>1007</sup>. Cette solution est

<sup>1005</sup> B. MARTOR et *alii*, *op. cit.*, n° 1034, p. 220.

<sup>1006</sup> F. M. SAWADOGO, « La portée abrogatoire lato sensu des Actes uniformes », Communication à l'Atelier de sensibilisation destiné aux magistrats de la zone UEMOA et de la Guinée Conakry, tenu à Ouagadougou, au Burkina-Faso, du 26 au 28 juin 2007, p. 27 et s.

<sup>1007</sup> CCJA, 15 juill. 2004, arrêt n° 29, aff. Fadida Nadiani c/ Bank Of Africa (BOA-Côte-d'Ivoire), *Le juris OHADA*, n° 3/2004, juill.-oct., 2004, p. 35, note M. BROU KOUAKOU; *ohada.com/ohadata*, J-04-387; Jurisprudence commentée, CCJA, n° 1, oct. 2005, obs. F. O. ETOUNDI, p. 7.

conforme au principe selon lequel la loi ne dispose que pour l'avenir. La décision rendue par la CCJA amène également à s'interroger sur l'application *ratione materiae* du devoir d'information. Néanmoins, il importe d'admettre que cette obligation pèse sur tout créancier bénéficiaire du cautionnement et quel que soit l'engagement garanti.

**552. L'absence d'influence de la qualité de caution sur le devoir d'information.** La question qui se pose est de savoir si le devoir d'information doit être dû en fonction de la qualité de caution. En réalité, l'article 14 AUS prévoit le devoir d'information de la caution sans autre précision. En raison de l'adage « *ubilex non distinguit nec nos distinguere debemus* », aucune distinction ne doit être faite entre « caution profane » et « caution avertie »<sup>1008</sup> ou entre caution personne physique et caution personne morale<sup>1009</sup> ou encore, entre dirigeant en fonction et dirigeant ayant quitté ses fonctions<sup>1010</sup> dès lors que la dette n'est pas éteinte. Même en cas de cession d'entreprise ou d'actions et en cas de pluralité de cautions solidaires<sup>1011</sup> le créancier doit informer personnellement chaque caution<sup>1012</sup>. Dans ce sens, la Cour de cassation française, dans un arrêt du 19 mars 1996, a censuré une Cour d'appel pour avoir infirmé le jugement d'un tribunal qui avait débouté une banque de son action contre le président du conseil d'administration d'une société mise en redressement judiciaire au motif qu'elle n'avait pas

<sup>1008</sup> En droit français, des juridictions de fond avaient décidé qu' « *en sa qualité de dirigeant, la caution a une connaissance permanente, précise de la situation financière exacte de son entreprise, de sorte qu'il n'est pas fondé à se prévaloir de la déchéance prévue par l'article 48 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984* », Tribunal de commerce de Paris, 8 janv. 1988, *RD bancaire et bourse*, 1988, p. 170, obs. J. F. CREDOT et GERARD ; *JCP E* 1989, II, 15562, n° 10, obs. VIANDIER et CAUSSAIN ; Poitiers, 13 déc. 1989, *RD bancaire et bourse*, 1991, p. 28, obs. M. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Montpellier, 3 mai 1990, *Banque*, 1991, p. 92 ; Pau, 31 janv. 1991, *Petites affiches*, 22 nov. 1991, p. 22, note M. LUBY ; Rennes, 10 avr. 1991, *RD bancaire et bourse*, 1992, p. 80, obs. M. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Toulouse, 9 oct. 1991, p. 92, obs. J. L. RIVES-LANGE. Favorables à la généralisation du devoir d'information, Paris, 19 juin et 20 juin 1991, *Banque*, 1991, p. 867, obs. J. L. RIVES-LANGE ; Paris, 21 janv. 1992, *Droit des sociétés*, 1992, n° 105, note Th. BONNEAU. La Cour de cassation a mis fin à cette controverse. Com., 25 mai 1993, *JCP E* 1993, pan., p. 254 ; *JCP E* 1993, II, 484, note H. CROZE ; solution constante, Com., 8 fév. 1994, *Bull. Joly*, 1994, p. 369 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 fév. 1996, *Droit et Patrimoine*, 1996, n° 41, p. 76, obs. B. SAINT-ALARY ; Com., 13 oct. 1998, *RTD com.*, 1999, p. 173, obs. M. CABRILLAC ; Com., 25 juin 2002, *D.* 2002, AJ, p. 2676.

<sup>1009</sup> Com., 14 déc. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 467.

<sup>1010</sup> Versailles, 11 déc. 1997, *RJDA*, 3/1998, n° 342, qui a sanctionné une banque pour ne pas avoir informé la caution poursuivie à la suite d'une procédure de redressement judiciaire, sur l'étendue de son engagement et sur l'augmentation importante des dettes de la société, alors que le garant avait quitté ses fonctions de dirigeant depuis plusieurs années.

<sup>1011</sup> Cass. com., 13 fév. 2007, *Juris-Data*, n° 2007-037362 ; *RD bancaire et fin.*, mai/juin 2007, p. 16, note D. LEGEAIS : l'obligation d'information de la caution n'est pas imposée dans les rapports de la caution et de la sous-caution ; com., 3 déc. 2003, *RD bancaire et fin.*, 2004, comm. 61 : n'entre pas dans la catégorie des concours financiers le cautionnement accordé par un établissement de crédit qui constitue une garantie et non une opération de crédit.

<sup>1012</sup> Com., 17 mai 1994, *Quot. Jur.* 1994, p. 82. En l'espèce, un établissement de crédit avait consenti à une société deux prêts avec le cautionnement du représentant de cette société, et un troisième prêt avec le cautionnement solidaire de ce dirigeant et de son épouse. A la suite de la mise en redressement de la société, l'établissement prêteur avait assigné les cautions en paiement des sommes lui restant dues. La cour de cassation censure une cour d'appel qui avait admis qu'en raison de la représentation mutuelle des codébiteurs, l'information donnée à une caution libère l'établissement de crédit à l'égard des autres.

respecté l'information prévue à l'égard de la caution. Elle précise que « l'obligation à laquelle sont tenus les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition d'un cautionnement, de faire connaître chaque année à la caution le montant et le terme des principal, intérêts et frais accessoires garantis par elle, doit être respectée jusqu'à l'extinction de la dette, même lorsque le cautionnement a été souscrit par un dirigeant de la société cautionnée connaissant exactement la situation de celle-ci »<sup>1013</sup>.

553. Cependant, s'agissant d'un dirigeant ayant quitté ses fonctions, la même Cour décide le 29 janvier 2002 que « la banque n'est tenue ni d'une obligation d'information, ni d'une obligation de conseil sur persistance, faute de novation, des engagements de la caution du dirigeant de la société à la suite de la cession des actions au nouveau dirigeant qui s'est porté caution solidaire de toutes sommes que cette société pourrait devoir à la banque, avec substitution de garantie »<sup>1014</sup>. Cette solution est critiquable en ce que le devoir d'information doit être étendu à toute caution<sup>1015</sup>. Enfin, l'information doit être due dès lors que la dette n'est pas éteinte même postérieurement à l'assignation de la caution en paiement<sup>1016</sup> ou encore, au cours de la période postérieure au jugement de condamnation dès lors que celui-ci peut être analysé comme mettant à la charge de la caution les intérêts conventionnels<sup>1017</sup>, voire après le décès de la caution pour profiter à ses héritiers<sup>1018</sup>.

<sup>1013</sup> Cass. com., 19 mars 1996, *D. Aff.* 1996, p. 611, n° 6 ; dans le même sens, Com., 17 mai 1994, *Quot. Jur.* 1994, p. 82 ; Com., 25 oct. 1994, *RJDA*, 12/1994, n° 1346 ; Com., 15 oct. 1995, *RJDA*, 1/97, n° 102 ; Paris, 2 avr. 1999, *RJDA*, 8-9/1999, n° 1004 ; Versailles, 22 juin 1995, *RJDA*, 12/95, n° 1423 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 fév. 1996, *RJDA*, 8-9/1996, n° 1093 : « l'obligation d'information à laquelle sont tenus les établissements de crédit à l'égard de la caution, doit être respectée même si le cautionnement a été souscrit par un dirigeant de la société cautionnée, connaissant la situation de celle-ci ».

<sup>1014</sup> Com., 29 janv. 2002, *D. aff.* A.J., p. 716, obs. A. LIENHARD.

<sup>1015</sup> Notamment la caution qui a limité son engagement à la valeur d'un bien et raison du fait que l'article 13 AUS ; contrairement, Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> fév., 2000 (*D. Aff.* 2000, AJ, p. 143, obs. J. FADDOUL ; *D.* 2001, somm., p. 694, obs. L. AYNES) qui refuse l'application de l'obligation d'information au cautionnement réel, fourni par celui qui consent la constitution d'une hypothèque pour garantir le remboursement de la dette d'un tiers, car cette garantie est une sûreté réelle et non un cautionnement personnel.

<sup>1016</sup> Cass. com., 25 mai 1993, *Bull. civ.* IV, n° 203 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1995, *RJDA*, 1996, n° 105, p. 87 ; Com., 7 juill. 1998, *Banque et Droit*, 1998, n° 62, p. 41 ; Com., 25avr. 2001, *JCP E* 2001, p. 1020 et p. 1276 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 nov. 2001, *D.* 2001, p. 36, obs. V. AVENA-ROBARDET.

<sup>1017</sup> Ch. mixte, 17 nov. 2006, *Juris-Data*, n° 2006-035991 ; *D.* 2006, p. 2980, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RD bancaire et financier*, janv./fév. 2007, p. 17, note D. LEGEAIS. En réalité, par un arrêt du 13 déc. 2005 (*JCP G* 2006, I, 131, n° 6, obs. Ph. SIMLER ; *RD bancaire et fin.* 2006, comm. 58, obs. A. CERLES ; *RTD com.* 2006, p. 466, obs. D. LEGEAIS ; *D.* 2006, pan., 2863, obs. P. CROCQ), la première chambre civile avait énoncé que l'obligation d'information de la caution par le créancier cessait dès lors qu'une décision irrévocable condamnant la caution était intervenue. Pour la cour « à l'obligation contractuelle primitive de la caution s'est substituée celle découlant d'une décision devenue irrévocable condamnant la caution à payer, arrêtant le montant des intérêts conventionnels qui sont dus et faisant dès lors courir seulement les intérêts au taux légal ».

<sup>1018</sup> Com., 9 déc. 1997, *D. Aff.* 1998, p. 245. En l'espèce, l'héritier d'une caution avait refusé le paiement des intérêts conventionnels du solde provisoire du compte courant, réclamé par la banque à la suite du décès du gérant qui s'était porté garant de toutes les dettes de la société débitrice. Ce qui suppose que l'obligation d'information est attachée non à la personnalité du débiteur accessoire, mais à l'existence même de la dette. Il s'ensuit qu'il importe donc peu que la personne à la quelle le paiement est réclamé ne soit pas celle qui a souscrit la garantie. C'est ainsi qu'il a été jugé par le TGI MFOUDI, le 23 janv. 2002 (jugement n° 179, Aff. YATOU Anne Marie et autres c/ CHARTERED

**554.** La qualité de la caution ne doit donc avoir aucune incidence sur le devoir d'information retenu par le droit uniforme et ce devoir doit être indifférent à l'influence du droit des procédures collectives. Il en résulte que le devoir d'information qui pèse sur le créancier au cours de l'exécution du cautionnement est l'un des mécanismes contemporains de protection de la caution et un élément irréductible du droit du cautionnement. En conséquence le caractère d'ordre public de l'article 14 AUS doit permettre d'éviter les clauses de style exonératoires ou limitatives de responsabilité<sup>1019</sup> de sorte que le manquement à ce devoir doit être sanctionné d'une manière raisonnable.

## **B - La déchéance des intérêts comme sanction de l'inobservation du devoir d'information**

**555. La notion de déchéance.** La déchéance suppose l'extinction par la volonté de la loi d'un droit dont le titulaire est fautif par action ou par inaction<sup>1020</sup>. Dans l'hypothèse du manquement au devoir d'information cette déchéance est légalement limitée aux intérêts de la créance cautionnée. Pour parvenir à cette sanction le devoir d'information de la caution édicté par l'article 14 AUS mis à la charge du créancier, à qui il incombe d'accomplir les formalités et qui doit démontrer que ce devoir a été accompli dans le temps utile pour s'exonérer (1). En réalité, il s'agit d'une règle protectrice de la caution à laquelle le créancier ne peut échapper en faisant souscrire à la caution une clause de renonciation au bénéfice de la protection que constitue la déchéance des intérêts (2)<sup>1021</sup>.

### **1- La preuve de l'exécution du devoir d'information**

**556. La charge et les moyens de la preuve.** Conformément au droit commun de la preuve, la charge de la preuve incombe à celui qui prétend avoir exécuté son devoir en application de

---

BANK, *ohada.com/ohadata*, J-04-456), que la demande en nullité d'une hypothèque valablement consentie par un défunt, avant son décès, alors gérant d'une société dont il était également associé, pour garantir ladite société par un cautionnement et une lettre de garantie ne peut prospérer si les ayants droits ne peuvent prouver l'irrégularité de l'hypothèque consentie. Ainsi, cette hypothèque n'est pas éteinte si les ayants droits n'offrent pas d'exécuter l'obligation principale contractée par le *de cuius* envers le créancier. On peut déduire de cette décision, que dès lors que la dette cautionnée n'est pas éteinte, le créancier a le devoir d'informer les héritiers.

<sup>1019</sup> Le caractère d'ordre public de l'obligation d'information était déjà perceptible dans certaines décisions, com., 14 déc. 1993, *Bull. civ.* IV, n° 467 ; Paris, 5<sup>e</sup> ch., 3 nov. 1994, *RJDA*, 2/95, n° 192, p. 159.

<sup>1020</sup> S. DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », art. préc, p. 1037 et s. spéc. p. 1052.

<sup>1021</sup> Aux termes de l'article 14, alinéa 4 AUS, toute clause contraire est réputée non écrite. Dans le même sens, Com., 14 déc. 1993, *Quot. Jur.* 1994, p. 59 qui décide que « le caractère d'ordre public de l'article 48 n'autorise pas les parties à renoncer à la règle, en conséquence est cassé la décision d'une cour d'appel qui a admis que la caution avait formellement dispensé la société de son obligation d'information à son égard dans l'acte de cautionnement ».

l'article 1315, alinéa 2, du Code civil d'après lequel « *celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* ». A ce titre, il appartiendra au créancier d'établir qu'il a exécuté son obligation d'information à l'égard de la caution. Le législateur du droit uniforme ne prévoyant aucun moyen de preuve, il n'existe aucun formalisme<sup>1022</sup> d'autant plus qu'il s'agit d'un fait juridique<sup>1023</sup> pouvant être prouvé par tous moyens<sup>1024</sup>. Dès lors l'appréciation du caractère probant des documents produits pour l'information de la caution relève du pouvoir souverain des juges du fond<sup>1025</sup>. Il résulte de ce qui précède que l'information due à la caution peut s'effectuer par lettre simple. Dans ce sens, la Cour de cassation française, dans un arrêt du 17 octobre 2000, a souligné que l'obligation d'information n'exigeait pas contrairement à ce qu'a pu affirmer une Cour d'appel, l'envoi d'une lettre recommandée<sup>1026</sup>. Dans deux espèces du 25 avril 2001 elle précise que l'information peut prendre la forme d'une mise en demeure ou peut être réalisée par voie d'assignation<sup>1027</sup>. Cependant, le créancier est tenu de prouver l'envoi de l'information car, « *la banque qui produit seulement le double des lettres simples qu'elle soutient avoir envoyées, mais qui ne remet aucun justificatif de cet envoi, n'apporte pas la preuve de l'exécution de son obligation d'information* »<sup>1028</sup>.

<sup>1022</sup> Com., 26 avr. 2001, *D. Aff.* 2001, AJ, p. 1793 (première espèce), obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP E*, 2001, (2<sup>e</sup> espèce), obs. D. LEGEAIS.

<sup>1023</sup> Com., 17 juin 1997, *D.* 1997, IR, p. 165 ; *D. Aff.* 1997, p. 929, *Droit et Patrimoine*, nov. 1997, p. 77 ; Com., 5 janv. 1999, *RJDA*, 4/1999, n° 471 ; Com., 26 oct. 1999, *RJDA*, 1/2000, n° 93 ; Com., 17 oct. 2000, *D. Aff.* 2001, somm. com., p. 698, obs. L. AYNES, « *l'information de la caution (...) est un simple fait juridique pouvant être prouvé par tous moyens* ».

<sup>1024</sup> Com., 11 avr. 1995, *RD bancaire*, 1996, p. 59, obs. M. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *D.* 1995, p. 588, note Y. PICOD. En l'espèce, une société de crédit avait été déchue des intérêts à l'encontre des cautions, alors qu'elle soutenait s'être libérée de son obligation et produisait à cette fin, deux attestations ; la première émanant d'un commissaire aux comptes, la seconde d'un huissier de justice. Cependant, il a été jugé que, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de la preuve, la banque n'établissait pas la preuve du contenu et de la date des informations.

<sup>1025</sup> Com., 5 janv. 1999, *RJDA*, 4/1999, n° 470 : alors que des cautions condamnées à la suite de la mise en liquidation judiciaire d'une société à des sommes incluant les intérêts d'un prêt garanti, contestaient la force probante des copies versées aux débats, il a été jugé que « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a estimé que les cautions en cause avaient été avisées par lettre dont la banque créancière avait versé copie aux débats, et que dès lors l'établissement financier avait régulièrement procédé à son obligation d'information à leur égard* ».

<sup>1026</sup> Com., 17 oct. 2000, *D. Aff.* 2001, p. 698, obs. L. AYNES.

<sup>1027</sup> Com., 25 avr. 2001, *D. Aff.* 2001, p. 1276.

<sup>1028</sup> Com., 11 avr. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 119 ; *D.* 1995, p. 588, note Y. PICOD ; *RD bancaire*, mars/avril 1996, p. 69, obs. M. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Limoges, 25 mars 1996, *Droit et Patrimoine*, nov. 1996, p. 79, obs. B. SAINT-ALARY, qui juge que le listing informatique est un document purement interne, « *inopposable à la caution et qui ne satisfait pas aux exigences de l'article 1315 alinéa 2 du Code civil* » ; contr. Versailles, 23 janv et 4 déc. 1998, *RJDA*, 8-9/98, n° 1046 et 3/99, n° 339 : « *Aucune modalité n'étant imposée pour l'envoi aux cautions de l'information mise à la charge des établissements de crédit, la production par une banque de la copie d'un document édité par un procédé informatique, constitue une preuve suffisante de l'envoi systématique par la banque de ce document à toutes les cautions* » ; Paris, 17 avr. 1992, *Banque et Droit*, 1993, p. 31 ; en revanche, Paris, 20 mars 1997, *Banque et droit*, 1997, p. 43 « *la banque n'a pas satisfait à son obligation d'information dans la mesure où l'envoi n'a pas été effectué par lettre recommandée avec accusé de réception, la simple diffusion par listing informatique étant jugée insuffisante* ».

**557. Réserves.** La protection que procure à la caution le devoir d'information a une limite dans la mesure où, si le créancier a la charge de la preuve de l'information il n'est pas pour autant tenu d'établir que la caution a bien reçu l'information. En droit français, un arrêt du 25 novembre 1997 a censuré une Cour d'appel qui, pour prononcer la déchéance des intérêts à l'encontre d'un créancier, soutenait que la banque bien qu'ayant adressé l'information conformément aux dispositions légales ne justifiait pas pour autant que la caution l'avait effectivement reçue<sup>1029</sup>. La Cour de cassation a cassé la décision en considérant qu'il n'incombe pas à l'établissement de crédit d'apporter la preuve que la caution a effectivement reçu l'information envoyée, solution devenue depuis constante<sup>1030</sup>. Il résulte de tout ce qui précède qu'il existe une difficulté par rapport à la preuve de la réception de l'information au dépens de la caution d'autant plus qu'aucun principe directeur n'est retenu jusqu'à présent, démontrant à suffisance que la protection que procure le devoir d'information est relative pour toute caution mais plus aléatoire, voire illusoire pour la caution illettrée. La protection serait limitée à l'engagement (formation) et ne serait pas étendue à l'exécution.

**558. Les éléments de la preuve : défaillance du débiteur, montant restant dû, intérêts et frais.** L'article 14 AUS en prévoyant l'obligation d'information à la charge du créancier précise les éléments sur lesquels doit porter l'information. En effet, le créancier doit aviser la caution de la défaillance du débiteur principal en indiquant le montant restant dû, les intérêts et frais au jour de la défaillance. Il s'agit des éléments cumulatifs. Dans l'hypothèse d'un cautionnement général, l'information est trimestrielle et contient les causes des dettes, leurs échéances et leurs montants en principal, intérêts, commissions, frais et autres accessoires restants dus à la fin du trimestre écoulé en rappelant à la caution la faculté de résiliation par reproduction littérale des dispositions du texte de l'article 14 AUS et celles de l'article 9 du même Acte uniforme.

**559. Une information incomplète équivaut à un défaut d'information.** L'information est souvent contenue dans une lettre adressée à la caution. La lettre d'information n'est pas toujours suffisante et il doit être démontré que celle-ci contenait toutes les mentions requises par la loi, au cas échéant, l'information sera incomplète et peut aboutir à la déchéance des intérêts. En conséquence, les lettres d'information sur lesquelles ne sont mentionnées que la date d'échéance finale et le montant restant dû en capital ne constitue pas une information conforme à la loi qui

<sup>1029</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 nov. 1997, *D. Aff.* 1998, IR, p. 2.

<sup>1030</sup> Com., 17 oct. 2000, *D. Aff.* 2001, somm., com., p. 698, obs. L. AYNES; *RD bancaire et fin.*, 2000, p. 352, obs. D. LEGEAIS ; Com., 26 avr. 2000, *Banque et Droit*, janv./fév., 2001, p. 48, obs. J. L. GUILLOT ; *RD bancaire et financier*, juill./août, 2000, p. 227, obs. D. LEGEAIS ; déjà, dans le même sens, Paris, 16 déc. 1998, *RJDA*, 3/99, n° 339 : « la production par la banque de la copie de la lettre d'information est suffisamment probante, que c'est donc à la caution qui prétend ne pas l'avoir reçue qu'il appartiendra d'établir ce fait ».

exige que la mention des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir et qui suppose donc une ventilation de la dette en principal et accessoires. Cette notification incomplète équivaut à un défaut de notification<sup>1031</sup>. De même, « les lettres d'information prévues par la loi, constituent des documents particuliers dans leur contenu et dans leur forme. Le détail de la créance devant y être porté en principal, intérêts, commissions et frais avec référence du texte légal »<sup>1032</sup>. Il en résulte que la simple information de la caution par le créancier de l'évolution de la dette sociale sera inopérante<sup>1033</sup>. Sur ce point le juge dans l'espace OHADA peut s'inspirer du droit français où la jurisprudence se montre très exigeante<sup>1034</sup>. Cette information est due même dans le cadre d'une procédure collective.

#### **560. L'indifférence de l'ouverture d'une procédure collective sur le devoir d'information.**

L'article 14 AUS énonce que l'information est due à la caution jusqu'à l'extinction de la dette garantie, laissant supposer que ce devoir ne peut prendre fin avec la mise en demeure de payer adressée à la caution. En conséquence, il faut admettre que l'ouverture d'une procédure collective<sup>1035</sup> et l'admission de la créance au redressement judiciaire du débiteur<sup>1036</sup> ne doivent pas être considérées comme des causes mettant fin à l'obligation du créancier d'informer la caution d'autant plus que la mise le redressement judiciaire n'empêche pas l'augmentation de la dette de la caution, étant entendu que l'arrêt du cours des intérêts à l'égard de la masse ne profite pas à la caution<sup>1037</sup> à la différence de l'hypothèse du jugement de condamnation définitive de la caution où l'obligation de la caution n'est plus tributaire de l'évolution des encours du débiteur garanti<sup>1038</sup>. Ainsi à la suite de la mise en liquidation judiciaire d'une société, il a été prononcé la

<sup>1031</sup> Pau, 8 fév. 2001, *RJDA* 2/2002, n° 201.

<sup>1032</sup> Paris, 31 oct. 1997, *RJDA* 2/1998, n° 218.

<sup>1033</sup> Paris, 12 sept. 1989, *JCP E* 1989, I, 19063 ; *D.* 1989, IR, p. 251.

<sup>1034</sup> Paris, 2 fév. 1996, *RJDA* 5/1996, n° 675 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mai 1996, *RJDA* 8-9/1996, n° 1094 : ne donne pas de base légale à sa décision, une cour d'appel qui, saisie d'une action en remboursement de prêts formée par une banque contre une caution, énonce, pour écarter le moyen de défense de la caution qui contestait devoir les intérêts, faute d'avoir été tenue informée chaque année par la banque du montant en principal et intérêts restants dus au titre des prêts, « que cette caution a été tenue informée des retards apportés dans le remboursement des prêts et des sommes qui étaient exigibles par des lettres, sans préciser si ces lettres satisfaisaient aux exigences de l'article 48 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 » ; Com., 22 juin 1993, *RJDA* 12/1993, n° 1072 ; Com., 25 avr. 2001, *JCP E* 2001, p. 1276, obs. D. LEGEAIS ; *D. Aff.* 2001, AJ, p. 1793, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.* 2001, n° 17, p. 752, obs. M. CABRILLAC ; Paris, 2 oct. 1990, *D.* 1990, IR, p. 240.

<sup>1035</sup> Paris, 4 déc. 1998, *D. Aff.* 1999, p. 553 : « la banque n'est pas dispensée de donner l'information aux cautions, son obligation ne prenant pas fin avec l'ouverture de la procédure collective ».

<sup>1036</sup> Cass. com., 22 avr. 1997, *RD bancaire*, 1997, p. 127, obs. M. J. CAMPANA et J. M. CALENDINI ; *RTD com.* 1998, p. 206, obs. A. MARTIN-SERF et p. 489, obs. M. CABRILLAC, qui juge que « nonobstant la chose jugée par l'admission définitive d'une créance à la procédure collective du débiteur, la caution solidaire du paiement de cette créance peut opposer au créancier toutes les exceptions qui lui sont personnelles. Il en est ainsi de l'exception tirée de l'inobservation par la banque créancière de l'obligation d'information dont elle est tenue à l'égard de la caution ».

<sup>1037</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1995, *RJDA* 1/1996, n° 105 ; Com., 25 mai 1993, *RJDA* 12/1993, préc.

<sup>1038</sup> D. LEGEAIS, note sous ch. mixte, 17 nov. 2006, *RD bancaire et fin.*, janv./fév. 2007, p. 17 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 13 déc. 2005, *RD bancaire et fin.*, 2006, comm. 58, obs. A. CERLES ; *RTD com.* 2006, p. 466, obs. D. LEGEAIS ; *D.* 2006,

déchéance d'une banque du droit de réclamer des intérêts en l'absence d'information de la caution après l'admission de la créance valant autorité de la chose jugée<sup>1039</sup>.

**561. Le manquement à l'obligation d'information : un moyen de défense de la caution.** Le défaut d'information entraîne la déchéance des intérêts. Cette solution est un moyen commode de protection de la caution car, en effet, l'admission définitive d'une créance au passif du redressement judiciaire du débiteur a autorité de chose jugée à l'égard de la caution solidaire. Cependant, la caution solidaire poursuivie par le créancier peut lui opposer tous les moyens de défense qui lui sont personnels en l'occurrence le défaut d'information de la part du créancier. Le créancier est donc tenu d'une obligation d'information envers la caution postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective ou d'une condamnation faisant courir des intérêts conventionnels<sup>1040</sup>. Il ne peut pas se prévaloir de la décision d'admission de la créance pour se soustraire à la sanction du défaut d'information.

## **2 - La perte des intérêts échus, sanction de l'inobservation du devoir d'information**

**562.** Le manquement à l'accomplissement de la formalité d'information de la caution est sanctionné par « le forfait légal » de la déchéance des intérêts. Cependant, le créancier peut perdre son recours contre la caution s'il a mis, par ce fait, celle-ci dans l'impossibilité de bénéficier de la subrogation dans les droits et recours du créancier.

**563. La déchéance des intérêts.** Aux termes de l'article 14, alinéa 3, de l'AUS à défaut d'accomplissement des formalités prévues par le législateur, le créancier est déchu vis-à-vis de la caution des intérêts échus depuis la date de la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information, sans préjudice des dispositions relatives à la décharge de la caution quand la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut plus s'opérer, en faveur de la caution, par le fait du créancier<sup>1041</sup>. En pratique, la sanction peut résulter du défaut total d'information, d'une information partielle ou, encore, du retard dans

---

pan. 2863, obs. P. CROCQ : « à l'obligation contractuelle primitive de la caution s'est substituée celle découlant d'une décision devenue irrévocable condamnant la caution à payer, arrêtant le montant des intérêts conventionnels qui sont dus et faisant dès lors courir seulement les intérêts aux taux légal ».

<sup>1039</sup> Com., 8 juin 1999, *Banque et Droit*, juill./août 2000, p. 57, obs. J. L. GUILLOT.

<sup>1040</sup> Ch. mixte, 17 nov. 2006, *D.* 2006, p. 2980, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RD bancaire et fin.*, janv./fév. 2007, p. 17, note D. LEGEAIS.

<sup>1041</sup> L'article 14, al. 3, renvoie à l'article 18 AUS en ce qui concerne la possibilité de cumul de la responsabilité du fait du créancier.

l'information<sup>1042</sup>. En vérité, les intérêts relevant de la sanction sont ceux qui partent au jour du cautionnement<sup>1043</sup> mais c'est la mise en œuvre de la sanction au regard du principe de l'imputation des paiements qui reste discutable en droit de l'OHADA.

**564. La problématique de l'imputation des paiements.** La question qui se pose à présent est de savoir si la déchéance peut s'étendre à la dette principale lorsque les intérêts ont été payés par le débiteur principal suivant le tableau d'amortissement de la dette malgré la limitation légale de la sanction aux intérêts. Par intérêts échus, il faut entendre des intérêts échus et restés impayés par le débiteur principal. En principe et en vertu de la règle de l'imputation des paiements de l'article 1254 du Code civil, le débiteur d'une dette qui porte intérêt ne peut sans le consentement du créancier, imputer le paiement qu'il fait sur le capital par référence aux intérêts, de même que le paiement fait sur le capital et les intérêts mais qui n'est pas intégral s'impute d'abord sur les intérêts<sup>1044</sup>. En effet, l'article 14 AUS impose une information sur le capital et les intérêts en limitant la déchéance aux intérêts impayés. Il en résulte que la sanction du devoir d'information n'assure qu'une protection relative de la caution. Or, en suivant les termes de l'article 1254 du Code civil, l'imputation légalement faite du paiement effectué par le débiteur est opposable à la caution et le défaut d'accomplissement de l'information prévue, s'il emporte, dans les rapports entre la caution et l'établissement de crédit qui y est tenu, déchéance des intérêts, ne décharge pas la caution de son obligation de payer les autres sommes dues en vertu du cautionnement<sup>1045</sup>.

**565. Critiques.** L'Acte uniforme ne prévoit pas les modalités d'imputation préférentielle de la dette. A ce titre, les dispositions de l'article 1254 du Code civil risquent de s'appliquer à la caution puisque dans nombre de pays africains le droit commun des contrats reste le Code civil de 1804. En conséquence, la solution n'est pas admissible. Elle mérite d'être adaptée au souci

---

<sup>1042</sup> Sur l'information tardive : Com., 22 juin 1993, *D.* 1993, IR, p. 210 ; néanmoins, la Cour d'appel de Paris (Paris, 4 jan. 1991, *JCP E* 1991, pan., 135) avait décidé que l'obligation d'information portant sur un exercice annuel, ne peut être invoquée par les cautions ayant garanti une SARL mise en liquidation judiciaire pour l'exercice 1986, puisque le compte courant de cette société n'a été ouvert que le 8 octobre 1986.

<sup>1043</sup> Com., 6 juin 1995, *RJDA* 10/1995, n° 1136 ; Com., 6 déc. 1994, *RJDA* 4/1995, n° 489 : l'obligation d'information de la caution à la charge de l'établissement financier créancier du débiteur principal n'a trait qu'aux intérêts échus postérieurement à l'engagement de la caution.

<sup>1044</sup> J. VALLANSAN, « L'application des règles d'imputation des paiements », *Defrénois* 1989, p. 321 ; Ch. BIQUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, thèse préc., p. 294, n° 162. D'après cet auteur, « l'imputation préférentielle d'un paiement sur les intérêts aboutit au même résultat qu'une imputation sur le capital avec anatocisme, au moment de ce paiement, des intérêts qui auraient pu être apurés par celui-ci ».

<sup>1045</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 nov. 1998, *Bull. civ. I*, n° 321 ; *JCP G* 1999, 116, n° 4, obs. Ph. SIMLER : « Attendu qu'en imputant ainsi sur le capital restant dû en vertu du cautionnement les intérêts payés par la débitrice principale, la cour d'appel a violé les textes susvisés... » ; Com., 11 juin 1996, *JCP E* 1997, I, 631, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; *Banque et Droit*, 1997, p. 43, obs. J. L. GUILLOT ; *Gaz. Pal.* 1997, pan., p. 52 ; Com., 30 mars 1999, *JCP E* 1999, pan. rap. p. 934 ; *Gaz. Pal.* 1999, pan., p. 1322 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 134 ; *D.* 1998, IR, p. 116.

de protection de la caution. Il importe de s'inspirer de l'évolution de la matière en droit comparé. En réalité, en droit français, les paiements ne s'imputent plus sur la partie cautionnée de la dette dans le cadre d'un plan de redressement<sup>1046</sup>. Pour cette raison, les paiements effectués par le débiteur ne sauraient s'imputer sur les intérêts de la dette cautionnée. Eu égard à son influence sur le *quantum* de la dette, l'imputation préférentielle des paiements sur les intérêts que consacre l'article 1254 du Code civil est favorable au créancier et, partant, défavorable au débiteur et par ricochet à la caution<sup>1047</sup>.

**566. L'imputation des intérêts en compte courant.** La compensation entre le créancier et le débiteur n'est en principe pas possible à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective du fait du dessaisissement qui s'ensuit. Au mépris du dessaisissement l'Acte uniforme, à la suite de la jurisprudence française<sup>1048</sup>, admet que la compensation peut jouer si les créances réciproques sont connexes<sup>1049</sup>. Il en va ainsi pour la convention de compte courant. Or, le mécanisme du compte courant suppose que les intérêts perdent leur spécificité en application de la théorie de l'indivisibilité du compte courant qui veut que toutes les opérations se fondent pour en former un tout indivisible. La règle de la priorité de l'imputation des paiements peut se révéler délicate au regard de l'unité des opérations. A cet égard, l'application des règles de l'imputation des paiements effectués par le débiteur principal sur les intérêts dus a été à l'origine d'une distinction proposée par la jurisprudence aux termes de laquelle la portée de la déchéance des intérêts variait considérablement selon que la caution garantissait la dette issue du solde du compte courant ou d'une autre dette.

**567.** Ainsi, lorsque la caution garantit *la dette résultant d'un compte courant* les intérêts étant réputés payés lorsque les créances entrent en compte la sanction de la déchéance des intérêts aurait dû en principe être neutralisée d'une manière favorable au créancier. Seulement, la Cour

<sup>1046</sup> Cass. com., 13 fév. 2007, *RD bancaire et fin.*, mai/juin 2007, p. 16, note D. LEGAIS.

<sup>1047</sup> R. LIBCHABER, « Les incertitudes de l'imputation du paiement », obs. sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 fév. 1995, *D.* 1995, somm. com. p. 235 ; I. DURANT, « L'article 1254 du Code civil : un texte moins clair qu'il n'y paraît », obs. sous Cass. belge, 28 oct. 1993, *Rev. de la jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (J. L. M. B.)*, 1995, p. 1240.

<sup>1048</sup> Civ., 19 nov., 1888 et Com., 25 janv. 1955, obs. M. AZOULAI, in R. HOUIN, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, 1962, n° 104.

<sup>1049</sup> L'Acte uniforme vise la compensation dans certaines de ces dispositions. L'article 68 AUPC exclut des inopposabilités de plein droit tout paiement de dettes échues par « compensation légale, judiciaire ou conventionnelle de dettes ayant un lien de connexité entre elles » ; l'article 102 AUPC concernant la revendication de marchandises ou d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus avec une clause de réserve de propriété, autorise la revendication, en cas d'aliénation, contre le sous-acquéreur, du prix ou de la partie du prix dû si celui-ci n'a été ni payé en valeur ni compensé en compte courant entre le débiteur et le sous-acquéreur, la compensation en compte courant est ici admise sans condition particulière ; l'article 109 AUPC relatif à l'exécution des contrats en cours, prévoit que la juridiction compétente, saisie d'une action en résolution intentée par le cocontractant contre le syndic, peut prononcer la compensation entre les acomptes reçus pour des prestations non encore fournies par lui avec les dommages-intérêts dus pour la résolution ; F. M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, préc., n° 180 et s.

de cassation française admet qu'il fallait imputer sur le solde débiteur réclamé à la caution l'ensemble des agios afférents à la période pendant laquelle l'information n'avait pas été donnée<sup>1050</sup>.

**568.** Mais dans l'hypothèse du *cautionnement d'un compte courant* il a été jugé que les paiements du débiteur étant imputés en priorité sur les intérêts dus, ceux-ci étaient réputés payés, en conséquence, il est impossible d'en déchoir le créancier<sup>1051</sup>. Ce traitement diversifié de la caution a abouti à loi française relative à l'épargne et à la sécurité financière n° 99-532 du 25 juin 1999 pour compléter l'article 48, al. 2, de la loi de 1984 en disposant que « *les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement de crédit, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette* »<sup>1052</sup>. Cette solution peut inspirer le législateur de l'OHADA dans le cadre de l'Acte uniforme relatif au droit des contrats. Elle se justifie par le fait qu'elle constitue une véritable dérogation à l'article 1254 du Code civil relatif à la règle d'imputation prioritaire sur les intérêts et visant à mettre fin non seulement au traitement jurisprudentiel des cautionnements classiques et de compte courant<sup>1053</sup> mais aussi à la limitation du nombre d'intérêts considérés comme impayés<sup>1054</sup>. De plus, elle confère une très importante efficacité à la sanction de la déchéance des intérêts du cautionnement d'un compte courant en particulier mais du cautionnement de tous engagements en général. Les juridictions saisies dans l'espace OHADA pourront donc s'inspirer de cette évolution pour régler le sort de la caution lorsque la situation se présentera relativement au champ d'application de la règle d'imputation préférentielle à la caution mais aussi pour les intérêts concernés.

**569. Les intérêts concernés par la déchéance.** Le défaut d'information de la part du créancier entraînant la déchéance des intérêts échus, quels sont alors dans cette hypothèse, les intérêts concernés ? En énonçant qu'à défaut d'accomplissement des formalités prévues par la loi, le

<sup>1050</sup> Cass. com., 25 mai 1993, *Bull. civ.* IV, n° 205 ; *JCP G* 1993, II, 22147 et *JCP E* 1993, II, 484, note H. CROZE ; *D.* 1994, p. 177, note NGAFAOUNAIN ; Com., 31 mars 1998, *JCP G*, 1999, I, 116, n° 4, obs. Ph. SIMLER.

<sup>1051</sup> Com., 30 mars 1999, *Bull. civ.* IV, n° 75 ; *JCP G*, 1999, IV, 1969 ; *RJDA*, 7/1999, n° 836 ; comp. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 nov. 1998, *Bull. civ.* I, n° 321 ; *JCP G* 1999, I, 116, n° 4, obs. Ph. SIMLER.

<sup>1052</sup> J-L. COUDERT, « Information des cautions et incidence de la loi du 25 juin 1999 : comment s'applique l'imputation au principal ? », art. préc., p. 12 et s.

<sup>1053</sup> Com., 27 fév. 2007, *RD bancaire et fin.*, mai/juin 2007, p. 13, note D. LEGEAIS : la règle d'imputation prévue par cette loi ne s'applique qu'aux cautionnements souscrits après son entrée en vigueur ; comp. com., 13 fév. 2007, *RD bancaire et fin.*, mai/juin 2007, p. 14, note D. LEGEAIS ; Y. PICOD, « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *Mélanges Ph. SIMLER*, Dalloz/Litec, 2006, p. 395.

<sup>1054</sup> TGI Versailles, 17 déc. 1999, *Petites affiches*, 21 mars 2000, n° 57 ; *Banque et Droit*, nov./déc. 2000, p. 53, note J. L. GUILLOT ; Paris, 16 juin 2000, *D. Aff.* 2000, AJ, p. 347 ; A. LIENHARD, « Sanction de l'information annuelle de la caution, application dans le temps de la loi du 25 juin 1999 », obs. sous Paris, 16 juin 2000, *D. Aff.* 2000, AJ, p. 347 ; Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 134.

créancier est déchu à l'égard de la caution des intérêts échus, l'article 14, alinéa 3, de l'AUS ne distingue pas entre les intérêts légaux et les intérêts conventionnels. De plus, dans le cadre des procédures collectives, l'article 77 AUPC affirme que la décision d'ouverture arrête à l'égard de la masse des créanciers le cours des intérêts légaux et conventionnels, de tous les intérêts et majorations de retard de toutes les créances, qu'elles soient ou non garanties par une sûreté. Mais les intérêts conventionnels et légaux continuent à courir à l'égard de la caution. Il résulte de ces deux textes que la loi ne distinguant pas, l'interprète ne doit le faire. Ainsi la déchéance doit concerner les intérêts aux taux légal et conventionnel à la différence de l'article 48 de la loi française de 1984 qui limite textuellement cette sanction aux intérêts conventionnels<sup>1055</sup>.

**570.** Cette solution peut se justifier comme une dérogation résultant de l'article 1153, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil d'après lequel « *dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts aux taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement* ». Cependant si le créancier est déchu des intérêts, la question est de savoir si la caution n'est pas tenue à titre personnel des intérêts au taux légal à compter de l'assignation introductive d'instance valant mise en demeure<sup>1056</sup>.

**571.** Le régime juridique des intérêts n'est pas uniforme. En réalité, les intérêts conventionnels ne sont dus par la caution que si elle s'est engagée conventionnellement alors que les intérêts légaux supposent une mise en demeure. En application de l'article 3 AUS, la caution s'engage à payer la dette du débiteur défaillant. Or, en vertu de l'article 1153, alinéa 3, du Code civil, la caution est tenue d'une dette devenue personnelle<sup>1057</sup>, indépendante de la dette principale, aux intérêts moratoires lorsqu'elle est mise en demeure<sup>1058</sup> de sorte que les intérêts au taux légal

---

<sup>1055</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 134 ; *D. Aff.* 1998, p. 799, obs. S. PIEDELIEVRE ; *JCP G* 1999, I, 116, n° 4, p. 413, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; *RD bancaire*, 1998, p. 102, n° 2, obs. F. J. CREDOT et Y. GERARD : « *faute de s'être conformée aux exigences prévues par l'article 48 (...), la banque est déchue à l'égard de la caution de son droit aux intérêts au taux conventionnel* ».

<sup>1056</sup> TRHC Dakar, 7 mai 2000, jugement n° 503, Aff. SOSERCOM c/ Banque Internationale du Sénégal (BIS), *ohada.com/ohadata*, J-03-61 : en l'absence de signification du commandement valant saisie vente, la caution réelle n'a pas été mise en demeure de payer pour éviter la vente.

<sup>1057</sup> Com., 17 mai 1994, *Quot. Jur.* 1994, p. 79 ; *RJDA* 11/1994, n° 1188 : « *la caution qui n'a pas été informée personnellement par la banque, est seulement tenue, en vertu de l'article 1153 alinéa 3 du Code civil des intérêts au taux légal, à compter de la première mise en demeure qu'elle reçoit* » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 juin 1995, *RJDA*, 1/1996, n° 105 : « *la banque peut prétendre au paiement des intérêts au taux légal ayant couru depuis l'assignation introductive d'instance qui vaut mise en demeure de la caution, laquelle reste tenue à titre personnel* » ; Paris, 4 déc. 1998, *D. Aff.* 1999, p. 553 « *les dispositions de l'article 1153 sont en tout état de cause applicables, et ce à compter de la mise en demeure adressée personnellement aux cautions, de sorte que celles-ci sont redevables des intérêts au taux légal à compter de cet acte* ».

<sup>1058</sup> TRHC Dakar, 8 mai 2001, jugement n° 873, Aff. Cheikh Ahmed Tidiane Diop et Marième Koné, épouse Kassé c/CBAO, *ohada.com/ohadata*, J-03-60 : le créancier poursuivant s'est bien conformé aux dispositions de l'article 13

produits par la somme due constituent la modalité de réparation du préjudice subi par le créancier du fait du retard que le débiteur a apporté à son paiement et pour lesquels la caution est condamnée au paiement, à titre personnel. En droit français, les intérêts conventionnels cessent de courir contre la caution dès lors qu'elle n'est pas informée dans les conditions requises par la loi tandis que l'absence d'information est sans incidence sur les intérêts légaux<sup>1059</sup>. Si la délimitation des intérêts en jeu est incertaine, la sanction de la déchéance des intérêts pour défaut d'information de la part du créancier ne sera pas finalement de nature à assurer une réparation adéquate du préjudice subi par la caution. Certains ont pu affirmer avec raison que le texte de l'article 14 AUS est « *curieusement rédigé car la sanction paraît peu adaptée à l'inexécution de l'obligation d'information sur la défaillance du débiteur* »<sup>1060</sup>. Néanmoins, l'Acte uniforme précise que la déchéance des intérêts est due sans préjudice des dispositions relatives à la décharge de la caution quand la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut plus s'opérer en faveur de la caution par le fait du créancier<sup>1061</sup>. En clair, en plus de la déchéance des intérêts le créancier peut également courir d'autres sanctions. Il en découle que le créancier, en consentant les remises de dette et de délais au débiteur, a le devoir de sauvegarder les intérêts de la caution dans le cadre des procédures collectives.

## **Paragraphe 2 - Le devoir pour le créancier de sauvegarder les intérêts de la caution**

**572. L'intérêt de la caution à l'épreuve des remises concordataires et la production de la créance à la procédure.** Le créancier a un devoir de sauvegarder les intérêts de la caution dans le cadre de ses comportements envers le débiteur dans la formation des mesures concordataires, mais également, dans le respect de ses obligations légales. En réalité, le droit de poursuite du créancier contre la caution, au regard de l'article 3 AUS, est subordonné à la défaillance avérée du débiteur dans la mesure où la caution ne s'est engagée envers le créancier à exécuter l'obligation du débiteur principal que si celui-ci n'y satisfait pas lui-même. A ce titre, le législateur OHADA semble en avoir déduit des conséquences visant à renforcer la protection de la caution à ce stade de réalisation de la garantie en exigeant du créancier, en dehors du devoir de

---

AUS en signifiant à la caution poursuivie le commandement aux fins de saisie réelle qui a été visé par le gérant de la société caution réelle.

<sup>1059</sup> La tendance de la caution est de réclamer la déchéance des intérêts à la fois conventionnels et légaux lorsque le créancier ne satisfait pas au devoir d'information alors que le texte ne prévoit que la déchéance des intérêts légaux. J.-L. RIVES LANGE, sous Com., 25 juin 1991, *Banque*, 1991, p. 1202 ; M. ARTHOZOUL, thèse préc., n° 326, p. 341 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1997, *D. Aff.* 1997, p. 148 ; *D.* 1998, IR, p. 27.

<sup>1060</sup> B. MARTOR et autres, *op. cit.*, n° 1036.

<sup>1061</sup> L'article 14, al. 3, renvoie à l'article 18 AUS en ce qui concerne la possibilité de cumul de la responsabilité du fait du créancier.

mise en cause conjointe, de produire sa créance dans la procédure collective du débiteur principal et être compris dans la masse pour prétendre à l'exécution du cautionnement. De plus, le créancier a le devoir d'exécuter de bonne foi, conformément à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, le cautionnement de sorte à préserver les intérêts de la caution en exerçant d'une façon modérée les prérogatives contractuelles. M. Dagot exprimait mieux cette idée lorsqu'il affirmait qu'il « existe en quelque sorte un principe inexprimé dans notre droit du cautionnement, à savoir que le créancier ne doit pas rendre pire la situation de la caution »<sup>1062</sup>. Il en résulte que le manquement du créancier au devoir de production de la créance cautionnée à la procédure (A) et l'aggravation de la situation de la caution, entre autres, par les remises concordataires peuvent constituer des moyens de défense pour une caution poursuivie dans le cadre des procédures collectives (B).

## **A - Le devoir de produire dans la procédure collective du débiteur principal**

**573. La problématique du défaut de déclaration des créances.** A l'instar de tout titulaire d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture, le créancier bénéficiaire du cautionnement est tenu de déclarer sa créance en vue de sa vérification et de son admission au passif. Cette mesure n'est pas seulement guidée par la volonté d'obtenir une connaissance exacte et rapide de l'ampleur du passif du débiteur, mais elle est aussi imprégnée d'un esprit de défaveur à l'égard des créanciers considérés comme un obstacle au redressement de l'entreprise en difficulté<sup>1063</sup> d'autant plus que l'objectif à peine voilé du législateur consiste à apurer plus facilement le passif du débiteur<sup>1064</sup>. Cet objectif se retrouve à l'article 2 AUPC qui a prévu les trois types de procédures collectives. A cet égard, le problème du devoir pour le créancier de déclarer sa créance aux organes de la procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur principal pour prendre part aux dividendes, d'une part, et avant de pouvoir mettre efficacement en jeu le cautionnement, d'autre part, peut se déduire de la conjonction des articles 78 et 79 de l'AUPC. Aux termes de ces articles, tous les créanciers, chirographaires ou munis de sûretés, composant la masse doivent produire leurs créances dans un délai de trente jours à compter de la publication de la deuxième insertion notifiant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, ce délai étant étendu à soixante jours lorsque les créanciers sont domiciliés hors du

<sup>1062</sup> M. DAGOT, « De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution », *JCP G* 1973, I, 2577, n° 3.

<sup>1063</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, par Ph. GERMAIN et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 3002.

<sup>1064</sup> M. J. COFFY de BOISDEFFRE, « Les dispositions de la loi du 25 janvier 1985 et du décret d'application du 27 décembre 1985 concernant la déclaration, la vérification et l'admission des créances », *D.* 1986, Act. lég., p. 112 ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, (*op. cit.*, n° 220) estiment qu'il s'agit d' « un moyen de spoliation » des créanciers.

territoire national où la procédure collective a été ouverte. L'inobservation de cette obligation légale n'est pas sans sanction.

**574. La sanction du défaut de déclaration : la forclusion ou l'extinction ?** La discipline que la procédure de vérification impose aux créanciers est assortie d'une sanction draconienne menaçant l'existence même de leur droit. En réalité, le défaut de production dans les délais requis entraîne la forclusion du créancier concerné, sauf si ce dernier est capable de démontrer que cette défaillance n'est pas due à son propre fait<sup>1065</sup>. L'article 83, alinéa 2, de l'AUPC ajoute qu' « *en cas de redressement judiciaire, la forclusion éteint les créances, sauf clause de retour à meilleure fortune et sous réserve des remises concordataires* ». Il découle de ces dispositions qu'en cas de forclusion la dette est présumée éteinte, sauf en présence d'une clause de retour à meilleure fortune<sup>1066</sup>. L'extinction est donc le principe et le retour à meilleure fortune semble en être l'exception. En l'absence du retour à une meilleure fortune la dette sera censée définitivement éteinte.

**575. L'incidence de l'extinction de la créance garantie pour défaut de déclaration.** La question intéressante est de savoir si la caution peut tirer parti de l'extinction de la créance non déclarée. *A priori*, l'indépendance du droit de poursuite du créancier peut s'analyser comme une prérogative lui permettant de poursuivre la caution même sans avoir déclaré sa créance à la procédure du débiteur. Or, l'alinéa 2 de l'article 92 AUPC précise que « *le coobligé ou la caution qui a fait le paiement partiel est compris dans la même masse pour tout ce qu'il a payé et qui était à la charge du débiteur* ». Cette solution implique que pour être compris dans la masse, la créance due et pour le paiement de laquelle la caution est poursuivie doit avoir été déclarée et admise par les organes de la procédure.

**576.** Ainsi, si cette déclaration n'est pas effectuée dans les délais requis et que, par voie de conséquence, la créance est éteinte, il va sans dire que la caution qui aura payé le créancier en lieu et place du débiteur défaillant ne disposera d'aucun recours pour se faire rembourser et supportera la charge définitive de la dette car, qui paie mal paie deux fois. Cette situation est injuste et ne s'inscrit pas dans la conception du cautionnement<sup>1067</sup>. Le créancier négligent qui s'est abstenu de produire sa créance dans les délais légaux, occasionnant son extinction à l'égard

---

<sup>1065</sup> Aux termes de l'article 79, al. 3, de l'AUPC, faute de production de leurs créances ou de leurs revendications dans le délai de quinze jours suivant la réception de l'avertissement, les créanciers et les revendiquants sont forclos.

<sup>1066</sup> B. MARTOR et autres, *op. cit.*, p. 174, n° 847 et s.

<sup>1067</sup> N. DJIMASNA, thèse préc., préc., p. 239.

du débiteur, peut-il de bonne foi, prétendre à la réalisation du cautionnement qui garantit le paiement de la dette ?

### **577. L'évolution historique de l'incidence du défaut de déclaration sur le cautionnement.**

La question de l'effet du défaut de déclaration des créances sur la situation des cautions n'est pas nouvelle. Dans le droit statuaire italien qui développa la faillite on retrouve la nécessité de produire les créances dans un délai de trois mois, à défaut, l'on était considéré comme non créancier<sup>1068</sup>. Cependant, l'arbitrage en faveur des cautions est assez récent tant sous l'empire de la loi française du 13 juillet 1967 que sous celui de la loi de 1985. En effet, en l'absence de solution législative toute faite les tribunaux ont affirmé pendant plus d'un siècle qu'un créancier qui s'était abstenu de produire sa créance à la faillite du débiteur principal ne commettait aucune faute de nature à libérer la caution.

**578.** Ce raisonnement était tiré de la faculté offerte à la caution de concrétiser le recours anticipé pour pallier le préjudice que pouvait lui causer l'inaction du créancier en produisant elle-même à la faillite du débiteur principal<sup>1069</sup>. Les termes de cette solution selon lesquels « *en accordant à la caution la faculté de produire (...), même avant d'avoir payé, l'article 2032-2° du Code civil suppose nécessairement que le créancier n'est pas tenu, pour conserver ses droits contre la caution, de se présenter lui-même à ce règlement* » ont été acquis et constamment réaffirmés<sup>1070</sup>. La Cour de cassation française, lorsqu'elle était invitée à se prononcer sur la question des incidences de la forclusion prévu par l'article 41 de la loi du 13 juillet 1967 sur le cautionnement, avait décidé qu'en l'absence de production dans le délai légal le créancier conservait son action contre la caution<sup>1071</sup>. La solution retenue sur le fondement d'une règle en l'occurrence le recours avant paiement, ayant vocation à produire effet dans les relations entre le débiteur principal et la caution, a été fortement critiquée en doctrine. Après Argenson et Toujas, Mouly aussi a trouvé cette mesure inique<sup>1072</sup>. En réalité, les difficultés techniques et pratiques nombreuses que pouvait rencontrer la caution soucieuse de produire sa créance, le fait que dans les cas d'inaction conjuguée, son recours se trouvait inéluctablement frappé de forclusion, quand

<sup>1068</sup> J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, préc., p. 307.

<sup>1069</sup> Article 2032, devenu 2309 du Code civil et son correspondant, l'article 24 AUS.

<sup>1070</sup> Req., 7 avr. 1869, S. 1870, I, 160 ; DP 1871, I, 53 ; Req., 29 avr. 1891, D. 1892, I, p. 220 ; voir également, les nombreuses références jurisprudentielles citées par B. SOINNE, *Traité théorique et pratique des procédures collectives* (ancien traité de J. ARGENSON et G. TOUJAS), *op. cit.*, p. 833, note 100 ; Ch. MOULY, thèse préc., n° 158, p. 182, note 2 ; 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*, thèse préc., n° 550 et s. N. DJIMASNA, thèse préc., n° 194 ; D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, thèse préc., n° 243 et s.

<sup>1071</sup> Cass. com., 6 nov. 1982, *Gaz. Pal.* 1983, I, pan., p. 86, note A. PIEDELIEVRE.

<sup>1072</sup> Ch. MOULY, thèse préc., n° 158 ; M.-J. CAMPANA, art. préc., p. 718.

bien même elle avait dû payer l'intégralité de sa dette au créancier à qui elle ne pouvait reprocher son incurie avaient conduit à stigmatiser l'excessive rigueur de sa situation<sup>1073</sup>.

**579.** En réponse aux vœux de la doctrine favorable à la protection de la caution<sup>1074</sup>, la Cour de cassation française, opérant un revirement<sup>1075</sup> en prenant appui sur les dispositions de l'article 41, alinéa 2, de la loi du 13 juillet 1967 et sur l'article 2036, a considéré que la caution peut se prévaloir dans le cadre du règlement judiciaire de l'extinction de la créance faute de production avant la dernière échéance concordataire, sauf clause de retour à meilleure fortune. Dans cet ordre d'idées, la chambre commerciale, aux termes d'une motivation novatrice, a approuvé une cour d'appel d'avoir retenu exactement « *que la créance de la société Sofal (le créancier) était éteinte à l'égard des époux Intagliata (le débiteur) par application de l'article 41 al. 2 de la loi du 13 juillet 1967 et que, conformément à l'article 2036, la caution peut opposer toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette* » et d'avoir considéré, à bon droit, que la Société Sofal créancière « *ne saurait invoquer les dispositions de l'article 2032 qui, pour accroître les garanties de la caution, l'autorise à agir contre le débiteur principal avant même d'avoir payé, et retourner ainsi contre la caution, en la détournant de sa finalité, un texte destiné à faciliter l'exercice de son action récursoire* »<sup>1076</sup>. Cette solution de portée limitée nécessitait la réunion de deux conditions rares en pratique. D'abord, elle est subordonnée à la condition d'un défaut de production avant l'exécution complète du concordat, et ensuite, à l'absence dans celui-ci d'une clause de retour à meilleure fortune<sup>1077</sup>. Or, la transposition en matière de liquidation des biens, situation la plus fréquente, était impossible faute de disposition prévoyant l'extinction de créance<sup>1078</sup>. C'est alors que l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985 avait consacré la solution jurisprudentielle<sup>1079</sup>. A partir de cette loi le défaut de déclaration de créance dans un délai de deux mois éteint la créance en l'absence de relevé de forclusion avec un effet *erga omnes*<sup>1080</sup> tant dans la procédure de redressement judiciaire que dans celle de liquidation judiciaire.

---

<sup>1073</sup> J. ARGENSON et G. TOUJAS, *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., Librairies techniques, 1973, p. 700, note 11, cité par Ch. MOULY, thèse préc., n° 158, p. 182, note 2.

<sup>1074</sup> A. HONORAT, note sous com., 26 janv. 1981, *D.* 1982, 1 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 14 oct. 1981, *D.* 1982, 275.

<sup>1075</sup> En réalité, la solution antérieure admettait que le créancier n'avait pas à produire sa créance pour conserver ses droits contre la caution. Dans ce sens, Com., 4 oct. 1972, *Bull. civ. IV*, n° 231 ; Com., 19 oct. 1981, *D.* 1982, 275.

<sup>1076</sup> Com., 19 juin 1984, *D.* 1985, 140, note A. HONORAT ; *JCP G* 1986, II, 20569, obs. M. STORCK.

<sup>1077</sup> J. P. CHEVALLIER et J. P. GADIOU, « Le sort de la caution dans la loi du 25 janvier 1985 », *La vie judiciaire*, 1990, n° 2311, p. 11 ; *Banque* 1985, p. 507, obs. J. L. RIVES-LANGE ; *Bull. civ.*, n° 198.

<sup>1078</sup> Com., 21 mars 1989, *Bull. civ. IV*, n° 94, *D.* 1989, p. 474, obs. DERRIDA.

<sup>1079</sup> Aux termes de l'article 53 de la loi française de 1985, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et dividendes, « à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion s'ils établissent que leur défaillance n'est due à leur fait » et « les créances qui n'ont pas donné lieu à relevé de forclusion sont éteintes ».

<sup>1080</sup> Com., 31 mai 1994, *Bull. civ. IV*, n° 197.

580. Une solution sans équivoque dégagée par des arrêts du 17 juillet 1990 avait conditionné le succès de l'action du créancier contre la caution à la preuve de l'accomplissement des formalités de la déclaration dans la mesure où, la forclusion qui la sanctionne éteint simultanément la dette principale et le cautionnement<sup>1081</sup>. Elle demeure identique lorsque deux procédures collectives s'étant succédée par l'effet de la résolution du plan, le créancier a omis de déclarer sa créance au représentant de la seconde procédure<sup>1082</sup>. Seulement aussi évidente que puisse paraître la solution affirmée et réaffirmée par la jurisprudence<sup>1083</sup>, le bénéfice de l'extinction de la créance pour défaut de déclaration au profit de la caution fut juridiquement discuté et contesté pour son excessive rigueur<sup>1084</sup>. MM. Mouly et Cabrillac adhérent à l'essentiel des critiques, ont considéré que les procédures collectives issues de la loi de 1985 étaient « *conçues pour opérer le blanchissement des débiteurs marrons, la déclaration de la créance est devenue la plume de ce législateur à court de mesquineries, une chausse-trappe pour les créanciers de bonne foi* ». Ces auteurs ont déduit de cette affirmation que « *le souhait plus ou moins avoué du législateur et de ses défenseurs est de spolier les créanciers des sommes dont ils avaient fait crédit, faut-il continuer à les priver au surplus de la sûreté personnelle qu'ils avaient pu obtenir ?* »<sup>1085</sup>. Malgré les critiques ci-dessus relevées la solution de l'extinction de la créance non déclarée a été adoptée par la loi française du 1<sup>er</sup> août 2003, en matière de rétablissement personnel<sup>1086</sup>. Mais cette conception a été abandonnée par la loi française du 26 juillet 2005, s'agissant des procédures collectives applicables aux entreprises.

<sup>1081</sup> Par trois arrêts en date du 17 juillet 1990, la cour de cassation française, saisie pour la première fois après la loi de 1985, décide sous le visa de l'article 2036 du Code civil que « *l'extinction de la créance en application de l'article 53 al. 3 est une exception inhérente à la dette et, conformément à l'article 2036 du Code civil, la caution peut l'opposer au créancier* » : Cass. com., 17 juill. 1990, *Rev. proc. coll.* 1991, 110, obs. Ph. DELEBECQUE; *JCP E* 1990, II, 101, obs. G. AMLON; *RTD com.* 1990, 643, n° 2, obs. Y. CHAPUT; *D.* 1990, 494, obs. A. HONORAT; *D.* 1991, somm. 12, obs. F. DERRIDA.

<sup>1082</sup> Cass., com., 6 déc. 1994, *D.* 1995, IR, p. 18.

<sup>1083</sup> Com., 30 mars 1993, *D.* 1993, IR, p. 131; *RJDA*, 1993, n° 825; pour une garantie financière d'un agent immobilier en « faillite » qui est analysée en cautionnement de droit commun : Civ. 1<sup>re</sup>, 10 janv. 1995, *Deffrénois* 1995, art. 36040, n° 35; *D.* 1995, 178, obs. L. AYNES; *D.* 1995, IR, p. 39; *JCP E* 1995, II, 701, note critique de M. BEHAR-TOUCHAIS; contra : Com., 5 oct. 1993, *JCP G* 1994, II, 22225, note M. BEHAR-TOUCHAIS; *RTD com.* 1994, 122, obs. MARTIN-SERF; *D.* 1994, 267, note F. DERRIDA et J. P. SORTAIS, décision qui n'a pas permis à une société de caution mutuelle d'invoquer le défaut de déclaration de la créance d'un client à la procédure collective d'un conseil juridique.

<sup>1084</sup> Les auteurs les plus contestataires de la libération de la caution pour défaut de déclaration de la dette garantie sont MM. DERRIDA, GODE et SORTAIS (*op. cit.*, n° 542, p. 409) ont reproché à cette solution le contexte d'insolvabilité provoquant l'extinction de la dette principale, contexte contre lequel le cautionnement devrait précisément prémunir le créancier, reprenant ainsi la position développée par F. DERRIDA depuis les arrêts du 19 juin 1984, *D.* 1986, IR, p. 7 et note sous Com., 21 mars 1989; note sous Lyon, 18 nov. 1988, *D.* 1989, 71; obs. sous Paris, 20 sept. 1988, *D.* 1989, somm., p. 15; obs. Com., 17 juill. 1990, *D.* 1991, somm., 12; F. PEROCHON, « *Fraude du débiteur et poursuites du créancier forclos* », *Mélanges Adrienne HONORAT*, Procédures collectives et droit des affaires, éd. Frison-Roche, 2000, p. 161 et les références citées. Elle frustrait les créanciers dont le droit met longtemps à apparaître, notamment, la créance environnementale, D. VOINET, « *Le sort des créances dans la procédure collective (l'exemple de la créance environnementale)* », *RTD com.* 2001, 581.

<sup>1085</sup> M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, 5<sup>e</sup> éd., préc., 1999, n° 305.

<sup>1086</sup> Les créances qui n'ont pas été produites dans un délai fixé par ce décret sont éteintes, sauf à ce que soit prononcé par le juge un relevé de forclusion.

**581.** Ainsi en vertu de l'article L. 622-26 du code de commerce, à défaut de déclaration régulière, « *les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes* ». Il s'ensuit que les créances qui devaient être déclarées et ne l'ont pas été ne sont pas éteintes, pas plus que les sûretés qui les garantissent. MM. Derrida et Sortais préconisent, de justesse, d'en revenir à l'extinction dans le cadre des procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire, tout en conservant la solution nouvelle en cas de liquidation judiciaire<sup>1087</sup>, auquel cas, il faudrait admettre que l'extinction joue sous condition d'absence de liquidation postérieure. Quant aux rapports entre les créanciers qui n'ont pas déclaré et les personnes qui garantissent des dettes du débiteur dans le régime issu de la nouvelle loi française, le cautionnement ne peut disparaître du seul fait que la créance n'est pas éteinte.

**582.** En réalité, ce qui est interdit aux créanciers c'est de recouvrer leur créance dans les conditions de la procédure collective. Cette sanction équivaut à une suspension de leur droit d'être payé et d'exercer une action en justice dans ce but. Or, cette suspension peut être définitive. Dans ces circonstances l'appréciation des droits de la caution doit être mise en rapport avec la chaîne des solutions qui la concernent depuis le début de la procédure collective dans la mesure où, le fondement de la suspension des poursuites à l'égard de la caution devient autonome car, le moment de poursuite de la caution est expressément prévu par le législateur<sup>1088</sup>.

**583. La persistance du débat en droit OHADA.** La mise en place du droit uniforme pendant la période d'une jurisprudence contestée, voire incohérente<sup>1089</sup> n'a pas contribué à régler de

---

<sup>1087</sup> F. DERRIDA et J. P. SORTAIS, « La situation des créancier forclos dans les nouvelles procédures collectives », *Petites affiches*, 22 mars 2006, n° 58, p. 7.

<sup>1088</sup> Il se trouve dans les articles L. 622-28, alinéa 2, et non dans l'article L. 622-21 du code de commerce.

<sup>1089</sup> Cass. com., 17 juill. 1990, *D.* 1990, 494, note A. HONORAT ; *RTD com.* 1990, 643, obs. MARTIN-SERF ; *D.* 1991, somm., 12, obs. F. DERRIDA ; *JCP E* 1991, II, 101, note G. AMLON ; Com., 30 mars 1993, *RJDA* 1993, 719 ; *Rev. Huissiers* 1995, 57, obs. VIDAL ; pour le donneur d'aval, Com., 25 OCT. 1994, *D.* 1995, 590, note CRIONNET ; *D.* 1995, somm. 306, obs. A. HONORAT ; *RTD com.* 1996, 124, obs. MARTIN-SERF ; Com., 3 déc. 1996, *D.* 1997, IR, 19 ; pour les associés en nom, Com., 25 nov. 1997, *D. Aff.* 1998, 27, obs. A. L. ; *Bull. Joly*, 1998, 156, note P. Le CANNU ; pour les associés de société civile, Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1995, *Bull. Joly*, juin 1995, p. 551, g 203, note M. JEANTIN ; *Rev. soc.* 1995, 559, note J.-F. BARBIERI ; Dr. soc. 1995, n° 96, obs. Y. CHAPUT ; Com., 10 juill. 1996, *Dr. soc.*, sept. 1996, n° 169, obs. Y. CHAPUT ; *Bull. Joly*, 1996, 958, note CALENDINI ; Com., 20 févr. 1996, *D.* 1996, IR, 90 ; *Rev. soc.*, 1996, 836, note A. HONORAT (la poursuite contre les associés se limite à ce qui a été déclaré dans la procédure ouverte contre la société). L'extinction pouvait se produire à la suite d'une deuxième procédure collective ouverte après résolution d'un plan de continuation, même en présence d'un jugement de condamnation de la caution ayant autorité de la chose jugée, si le défaut de déclaration produit effet après ce jugement, Com., 23 juin 1998, *RTD com.* 1999, 502, obs. MARTIN-SERF. Il a été jugé que la caution qui transige avec le créancier sans connaître l'extinction de la dette du débiteur commet une erreur de droit insusceptible de faire annuler la transaction, Com., 19 déc. 2000, *D.* 2001, 2193, note SOUSTELLE ; *RTD civ.* 2001, 381, obs. GAUTIER. Comp. sur le terrain de la nullité de la transaction pour erreur sur l'objet, Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2001, *D.* 2001, AJ, 1944, note V. AVENA-ROBARDET ; *RTD civ.* 2001, 909, obs. GAUTIER ; *Banque et Droit*, juill. 2001, 55, obs. RONTCHEVSKY ; P.-M. Le CORRE, « Le cautionnement réel à l'épreuve des procédures collectives »,

manière définitive le défaut de déclaration et son incidence sur l'engagement de la caution. Pour preuve, les auteurs ont des avis divergents sur la question. Pour M. Sawadogo, le créancier se prévalant d'un cautionnement n'a pas besoin de participer à la procédure du débiteur pour pouvoir réclamer paiement intégral à la caution, y compris les intérêts<sup>1090</sup>. Cette position est très favorable au créancier. Par contre, M. Tiger soutient la thèse de l'extinction du cautionnement en pareille circonstance sur le fondement de l'article 18 AUS relativement au bénéficiaire par la caution des exceptions inhérentes à la dette<sup>1091</sup>. Au-delà de toute polémique sur la classification entre les exceptions qui sont inhérentes à la dette et qui appartiennent au débiteur principal qui profitent en principe à la caution et les exceptions personnelles au débiteur et dont la caution ne peut se prévaloir, l'on doit au moins avoir à l'esprit que l'extinction de la créance ne peut être assimilée aux remises consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives dont le bénéficiaire est interdit expressément à la caution. De même, la sanction qui découle de l'inobservation de la production de la créance est une règle d'ordre public qui mérite d'être invoquée par toute personne qui a intérêt née, direct et actuel, notamment la caution.

**584. La caution a le droit d'invoquer le défaut de production de la créance garantie, en dépit du fait que celle-ci ne soit pas éteinte.** Si la caution ne peut pas se prévaloir du défaut de production de la créance garantie non déclarée sur le fondement de la règle de l'accessoire, « *une règle élémentaire de bonne foi contractuelle* »<sup>1092</sup> et l'exigence de la justice commutative inhérentes à l'esprit du droit uniforme sur le cautionnement semblent recommander la subordination du recours du créancier contre la caution à la déclaration de sa créance dans la procédure collective ouverte contre le débiteur pour préserver le recours subrogatoire de la caution. Cette position se justifie aisément car si le créancier peut prétendre poursuivre la caution, en droit français comme en droit OHADA, encore faut-il que la jurisprudence n'adopte pas en présence d'une forclusion du créancier garanti<sup>1093</sup> une interprétation systématique de la règle de la subrogation. Or, tel peut ne pas être le cas<sup>1094</sup>. Dans cette hypothèse, le choix du

---

art. préc., 886, n° 10 ; M. JEANTIN et P. Le CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, 7<sup>e</sup> éd., préc., p. 360, n° 507 ; P. M. Le CORRE et E. Le CORRE-BROLY, *op. cit.*, p. 405, n° 413.

<sup>1090</sup> F. M. SAWADOGO, *OHADA. Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 418, n° 212.

<sup>1091</sup> Ph. TIGER, « Douze questions sur le cautionnement et leur solution en droit OHADA », art. préc., p. 418.

<sup>1092</sup> Ph. DELEBECQUE, « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », préc., p. 190, n° 29 ; M. J. CAMPANA, préc., p. 718, qui trouve que cette exigence n'est pas « anormale » ; N. DJIMASNA, thèse préc., n° 196, p. 245.

<sup>1093</sup> L'article 79, alinéa 3, de l'AUPC précise que faute de production de leurs créances ou de leurs revendications, les créanciers et revendiquants sont forclos.

<sup>1094</sup> En réaction à la solution retenue sur le fondement des termes forts nets de l'article L. 621-43 du code de commerce, selon laquelle le représentant des créanciers est tenu d'avertir personnellement les créanciers titulaires d'un contrat ou d'une sûreté publiées, mais non leurs cautions (Com., 5 déc. 2006, *JCP E* 2007, 1321, note J. VALLANSAN, solution sévère pour la caution, puisqu'elle doit être informée pour parer à la forclusion en déclarant sa créance dans le cadre du recours avant paiement, si elle est au courant de l'ouverture de la procédure collective du

législateur ne manquera pas de susciter de contentieux lorsque la créance non déclarée est de nature privilégiée et est assortie d'un cautionnement. L'action contre la caution demeure possible mais celle-ci opposera sans nul doute les dispositions de l'article l'article 20 AUS et reprochera à son créancier, faute de déclaration de créance, l'impossibilité de se prévaloir par voie subrogatoire d'un droit préférentiel de paiement<sup>1095</sup>.

585. L'absence de déclaration peut priver en effet la caution des droits qu'elle aurait dus avoir contre le débiteur principal défaillant<sup>1096</sup>. La règle de la subrogation constitue une arme minimisée de la caution contre le créancier. En s'abstenant de se renseigner et de déclarer sa créance au passif du débiteur le créancier fait preuve d'une négligence qui par la forclusion ou l'extinction de la créance fait perdre à la caution le bénéfice de son recours subrogatoire contre le débiteur principal<sup>1097</sup>. Or, l'article 20, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'AUS dispose que la caution est subrogée dans tous les droits et garanties du créancier poursuivant pour tout ce qu'elle a payé à ce dernier, *a contrario*, elle est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, par le fait du créancier, en raison du défaut de déclaration de la créance cautionnée, ne peut plus s'opérer en sa faveur. Ainsi en imposant au créancier de conserver les sûretés dont la caution pourra le cas échéant se prévaloir, par le jeu de la subrogation, le législateur charge le créancier d'un devoir jurant apparemment avec l'unilatéralité du cautionnement<sup>1098</sup>. En droit

---

débiteur cautionné), il a été jugé que le titulaire d'un contrat publié, auquel la forclusion n'est pas opposable faute d'avoir été averti personnellement d'avoir à déclarer sa créance, doit néanmoins le faire pour agir contre la caution : Com., 30 janv. 2007, *D.* 2007, AJ, 508, obs. A. LIENHARD ; M. CABRILLAC et Ph. PETEL (*JCP E*, 14-15 avr. 2007, 1450, p. 23) s'inclinent « à rattacher cette solution à ce mécanisme essentiel du cautionnement qu'est la subrogation de la caution dans les droits du créancier qu'il a désintéressé » ; ils précisent qu'« on peut aisément admettre que le créancier a le devoir de préserver le principe et l'efficacité de la subrogation (ne serait-ce que dans le cadre de l'article 1134 du Code civil) ; l'exception de subrogation limitée à la perte d'un droit préférentiel (art. 2037, devenu art. 2314) ne serait que l'application d'une règle plus générale que consacrerait implicitement notre arrêt ».

<sup>1095</sup> Dans le même sens, P. CROCQ, « Réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, 1306, sp. n° 11 ; M.-H. MONSERIE-BON, « Les effets inattendus de l'absence d'extinction des créances non déclarées menacent-ils la procédure de sauvegarde ? », *D.* 2006, p. 1282 ; E. BROCARD, « Les procédures d'insolvabilité et les contrats de sûretés personnelles », *Petites affiches*, 24 nov. 2006, p. 7 et s., spéc. p. 15, n° 16 ; P. CROCQ, « Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés », *Droit et patrimoine*, 2006, n° 146, II, B, p. 4 ; N. RONTCHEVSKY, art. préc., p. 17 et s.

<sup>1096</sup> M. JEANTIN et P. Le CANNU, *op. cit.*, n° 508 ; P.-M. Le CORRE et E. LE CORRE-BROLY, *op. cit.*, n° 413, qui font observer que la possibilité de poursuivre la caution nonobstant l'absence de déclaration au passif conduira le créancier à établir ses droits contre la caution, dans les conditions du droit commun, c'est-à-dire comme s'il n'y a pas eu procédure collective. La caution, pour sa part, semble parfaitement fondée à opposer au créancier le jeu de l'article 2314 du Code civil (anc. Article 2037). Dans le même sens, P.-M. LE CORRRE, « Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises », Intervention colloque CRAJEFE, Nice, 27 mars 2004, *Petites affiches*, n° 116, p. 25 et s., spéc. 31, n° 17 ; A. JACQUEMONT, *op. cit.*, n° 461 ; voir également le rapport des travaux préparatoires de la loi de sauvegarde des entreprises, Rapport de Xavier de ROUX, n° 2095, p. 236 ; LE CORRE et LE CORRE-BROLY, *op. cit.*, n° 413, p. 406.

<sup>1097</sup> Com., 22 oct. 1996, *Rev. soc.*, 1997, p. 596 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 19 déc. 2000, *Rev. Lamy droit des affaires*, n° 36, mars 2001, p. 29.

<sup>1098</sup> D. HOUTCIEFF, « Vers l'obligation du créancier d'exercer une faculté conformément aux intérêts de la caution », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2007, *D.* 2007, p. 1572 ; S. PRIGENT, « L'exercice d'une faculté doit préserver le recours de la caution », note sous Ch. mixte, 17 nov. 2006, *Petites affiches*, 18 juin 2007, p. 16 et s.

français, la jurisprudence est déjà dans ce sens : des arrêts rendus le 17 novembre 2006 et le 3 avril 2007 admettent que le fait du créancier stigmatisé par la référence textuelle à la subrogation légale peut être positif ou négatif dans l'intérêt de la caution, autrement dit, pour ne pas aggraver sa situation<sup>1099</sup>.

## **B - Le devoir de ne pas aggraver la situation de la caution**

### **586. Devoir de bonne foi, de collaboration, de coopération ou de solidarisme contractuel<sup>1100</sup>.**

La bonne foi ou la justice commutative par sa résistance à l'absolu de la loi, peut amener infailliblement à la réforme et au perfectionnement de la loi elle-même. C'était autrefois le procédé du droit prétorien qui a si profondément modifié et changé le droit romain pur. C'est ce qui arrivera nécessairement encore dans nos législations modernes, notamment le droit uniforme issu de l'OHADA. En réalité, la bonne foi et l'équité naturelle tendent à contraindre le créancier à agir conformément à l'intérêt de la caution.

**587.** En droit uniforme issu de l'OHADA, la déchéance des intérêts pour défaut d'information est accordée sans préjudice des dispositions relatives à la décharge de la caution quand la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut plus s'opérer en faveur de la caution par le fait du créancier. A ce titre, l'article 14, al. 3, renvoie à l'article 18 AUS en ce qui concerne la possibilité de cumul de la responsabilité du fait du créancier. Malheureusement le législateur ne se prononce pas sur la sanction de la perte de la chance pour la caution de résilier son engagement. Dans cette hypothèse, la référence textuelle « au fait du créancier »<sup>1101</sup> sans précision, autorise à retenir entre autres faits la négligence du créancier dans l'information pouvant permettre la libération de la caution, même par voie de résiliation, sans subordonner la faute du créancier au dol ou à une faute lourde.

**588.** Ce postulat constitue une manifestation évidente de la bonne foi contractuelle. Pothier affirmait déjà en son temps l'idée que systématisa bien plus tard Demogue, en ces lignes

---

<sup>1099</sup> Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, *JCP E* 2006, 2132, note D. HOUTCIEFF; *RDC* 2007, p. 431; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2007, *D.* 2007, p. 1572, note D. HOUTCIEFF ; *Petites affiches*, 6 août 2007, n° 156, p. 16, note D. HOUTCIEFF ; S. PRIGENT, art. préc., p. 16 et s.

<sup>1100</sup> Le devoir de loyauté est avec le devoir de coopération, une composante de la bonne foi dans l'exécution des conventions. Or, le premier impose parfois au créancier d'éviter au débiteur des dépenses inutiles. Le créancier est aujourd'hui plus que par le passé tenu d'une obligation de coopération, car le contrat contemporain devient parfois, un contrat « solidaire ». Dans ce sens, D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges F. TERRE*, Dalloz/PUF/Juris-Classeur, 1999, p. 603 et s. ; Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 441.

<sup>1101</sup> Article 18 AUS.

célèbres : « le créancier, quant à la prestation qu'il doit recevoir, n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration »<sup>1102</sup> ; il ne doit pas, « par sa conduite surcharger le débiteur, il doit par des actes positifs faciliter à celui-ci l'exécution de l'obligation et notamment se prêter à l'exécution » ; il ne peut cependant être tenu que « des actes nécessaires à l'exécution de l'obligation ou dont l'absence rend celle-ci plus difficile ou onéreuse d'une façon inutile »<sup>1103</sup>. La doctrine est unanime, même les auteurs réservés quant à l'avènement d'un monde contractuel solidaire, à reconnaître de nos jours qu'un « devoir de loyauté du créancier joue également à l'égard du garant », qui doit faire « son possible, en exerçant diligemment ses droits à l'encontre du débiteur, pour alléger au maximum le poids de la garantie consentie »<sup>1104</sup>, en évitant de « rendre plus difficile ou impossible l'accomplissement de la prestation de son partenaire »<sup>1105</sup>, et « de ne pas aggraver le sort de la caution », consistant en une « application spéciale de la bonne foi qui doit présider à l'exécution des contrats (a. 1134 al. 3) »<sup>1106</sup>, conduisant parfois, à « respecter, et même privilégier les intérêts de son cocontractant »<sup>1107</sup>. Il résulte de ce qui précède que la multiplication de la mise en jeu de la responsabilité civile du créancier à l'encontre de la caution « traduit le besoin de protection de la caution » et l'insuffisance des règles inhérentes au caractère accessoire du cautionnement<sup>1108</sup>. A cet égard, le créancier est soumis à des devoirs positifs ou négatifs qui lui interdisent de transférer de mauvaise foi le risque du crédit à la caution et d'exercer ses droits, même facultatifs, conformément aux intérêts de la caution.

**589. Le devoir de bonne foi dans les remises concordataires.** Les mesures concordataires ne profitent pas à la caution. Or, le créancier peut être amené à consentir des remises de dette et de délai parce qu'il sait qu'il va se retourner contre la caution pour obtenir paiement de la dette garantie en intégralité. Ce comportement est possible lorsque la caution est une tierce personne au débiteur. Parfois, cela peut être fait de concert avec le débiteur. En principe, le devoir de bonne foi contractuelle interdit au créancier de transférer de mauvaise foi le risque de crédit à la caution. Par conséquent, le législateur pourrait revoir la solution retenue pour permettre à la

<sup>1102</sup> R. POTHIER, *op. cit.*, n° 519 : L' « obligation du créancier de céder ses actions est fondée sur cette règle d'équité, qu'étant obligés d'aimer tous les hommes, nous sommes obligés de leur accorder toutes les choses qu'il ont intérêt d'avoir, lorsque nous pouvons les leur accorder sans qu'il nous en coûte rien ».

<sup>1103</sup> R. DEMOGUUE, *Effets des obligations*, t. VI, préc., n° 12 et 13.

<sup>1104</sup> F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 441 et s.

<sup>1105</sup> Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, V° « Bonne foi », 1995, n° 51 à 53 ; A. BENABENT, « La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat », Rapport français, p. 291 et s., in *Travaux de l'Association Henri CAPITANT, La bonne foi*, t. 43, 1992, Litec, 1994, spéc. p. 298 et 299.

<sup>1106</sup> L. AYNES et P. CROCQ, préc., n° 292.

<sup>1107</sup> Sur l'ensemble de la question, Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 155 et s.

<sup>1108</sup> L. AYNES et P. CROCQ, n° 291. M. PICOD ( in MAZEAUD, CHABAS et PICOD, préc., n° 41) fait observer que le créancier est tenu d'une « obligation, sinon de coopération, tout au moins de vigilance quant à la sauvegarde des intérêts de la caution ».

caution de bénéficier des remises lorsqu'elles sont consenties par le créancier. Cette réforme peut utilement s'inspirer d'un arrêt du juge français du 5 mai 2004 où une Cour d'appel a été approuvée d'avoir retenu que le créancier « *ne peut, sans déséquilibrer gravement l'économie des relations contractuelles et sans s'affranchir de son obligation de se comporter en partenaire loyal, exiger de sa co-contractante, garante, qu'elle a exclu de l'élaboration du plan, l'exécution de sa propre obligation ; qu'en l'état de ses énonciations, la cour d'appel a fait ressortir à bon droit que les remises ou délais accordés par le créancier dans le cadre d'un règlement amiable bénéficiaient à la caution* »<sup>1109</sup>. En réalité, si la caution doit bénéficier des délais et remises librement consentis par le créancier et non imposés par le juge, c'est parce que la solution inverse permettrait en fait au créancier de transférer déloyalement son risque de crédit sur la caution<sup>1110</sup>. Il résulte de ce qui précède que le juge OHADA doit tenir compte des intérêts de la caution lorsque le problème va se poser en pratique et le législateur doit prendre en compte lors d'une prochaine réforme les intérêts de la caution dans le cadre des remises concordataires pour ne pas lui faire supporter les risques de la procédure collective afin de ne pas rompre l'équilibre contractuel.

**590. Le devoir de sauvegarder la faculté de résiliation de l'engagement de la caution.** Le devoir d'information mis à la charge du créancier est fondé sur la loyauté contractuelle qui demande au créancier de rappeler périodiquement à la caution l'existence, la nature et le montant des risques garantis, ainsi que la faculté de mettre un terme à son engagement. En conséquence, lorsque la garantie augmente, l'intérêt de la caution est de pouvoir résilier son engagement. Or, le défaut d'information, entraînant l'absence de résiliation dans l'hypothèse d'un cautionnement de tous engagements du débiteur, peut priver la caution d'une chance de se libérer. En réalité, la négligence de la caution à rompre son engagement ne supprime pas la négligence du créancier dans son obligation d'information. Par conséquent, la sanction de droit commun doit s'ajouter à la sanction de la déchéance des intérêts<sup>1111</sup>. Il en découle que le défaut d'information est susceptible de deux sanctions : l'une légale et l'autre fondée sur la responsabilité civile de droit commun<sup>1112</sup>. Dans ce sens, certains auteurs considèrent que la sanction de la déchéance des intérêts a un caractère forfaitaire, à l'instar d'une clause pénale, exclusive de dommages et

---

<sup>1109</sup> Cass. com., 5 mai 2004, *RD bancaire et fin.* juill./ août 2004, n° 161, obs. D. LEGEAIS; M. TEXIER, « Les effets sur le cautionnement de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre de procédures organisées », *RTD com.* 2008, p. 25 et s.

<sup>1110</sup> P. DUPICHOT, thèse préc., n° 157, p. 144.

<sup>1111</sup> Cass. com., 20 oct. 1992, *RTD com.* 1993, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE; *RTD civ.* 1993, obs. J. MESTRE; D. 1994, p. 177, note J. NGAFAOUNAIN; *JCP E* 1993, II, 390, note D. LEGEAIS; *Rev. soc.* 1993, p. 415, obs. Ph. DELEBECQUE.

<sup>1112</sup> Paris, 10 mai 1990, *RD bancaire*, 1990, p. 242, n° 3, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD; *RD bancaire*, 1991, p. 22, obs. F. CREDOT et Y. GERARD; Versailles, 11 déc. 1997, *RJDA*, 3/1998, n° 342.

intérêts résultant de la responsabilité civile, hormis l'hypothèse d'une faute lourde démontrée à l'encontre de l'établissement de crédit<sup>1113</sup>.

**591. Conclusion de la section 2.** Il est incontestable que la fonction première de la garantie est le paiement du créancier. Néanmoins, le législateur n'a pas oublié la protection de la caution. Le caractère d'ordre public des divers devoirs mis à la charge du créancier le soumet à l'exécution de bonne foi de ses obligations contractuelles à l'égard de la caution dans le cadre des procédures collectives. A cet égard, le créancier doit informer la caution de l'évolution de la dette, de la défaillance du débiteur principal et rappeler à celle-ci, dans l'hypothèse d'un cautionnement de tous engagements du débiteur, sa faculté de résiliation. L'inobservation de ce devoir d'information entraîne la déchéance des intérêts échus, mais cette sanction ne doit pas exclure la responsabilité du créancier du préjudice subi par la caution du fait de la perte de chance de résiliation de son engagement ou du manquement à la préservation des intérêts de la caution en cas d'extinction de la créance pour défaut de production.

## **Conclusion du chapitre II**

**592.** Le cautionnement se présente désormais comme un contrat soustrait de la volonté exclusive du créancier. Cette situation s'observe tant au niveau de la formation de la garantie qu'au niveau de sa mise en œuvre. L'altération du caractère accessoire du cautionnement par le droit des procédures collectives semble être compensée par l'émergence des devoirs légaux mis à la charge du créancier. La résistance des mécanismes de protection de la caution à l'assaut des règles évinçant le caractère accessoire du cautionnement retrouvés dans les devoirs mis à la charge du créancier s'observe, d'abord, dans l'émergence de la bonne foi dans la conclusion d'un cautionnement en période suspecte alors que les clignotants de la défaillance du débiteur sont connus du créancier. A ce titre, le créancier est soumis au devoir de ne pas soutenir abusivement le débiteur défaillant par l'octroi d'un crédit excédant ses facultés, en évitant le cautionnement disproportionné et en mettant en garde la caution relativement à la situation obérée du débiteur ou au caractère non viable du projet à cautionner.

**593.** La survie du cautionnement se retrouve également dans le devoir du créancier bénéficiaire du cautionnement d'exécuter de bonne foi la garantie dans le cadre des procédures collectives, impliquant l'information de la caution sur l'évolution de la dette garantie. Elle concerne aussi le

---

<sup>1113</sup> M. CABRILLAC, obs. sous Com., 25 avr. 2001, *RTD com.* 2001, n° 6, p. 751 ; V. AVENA-ROBARDET, *D. Aff.* 2001, AJ, p. 1793 (3<sup>e</sup> espèce) ; D. LEGEAIS, *JCP E* 2001, p. 1276 (3<sup>e</sup> espèce).

devoir de ne pas transférer de mauvaise foi la dette à la caution par des remises de dette et l'octroi de délais au débiteur défaillant pour se retourner contre la caution, alors exclue du bénéfice du concordat et des remises consenties au débiteur principal dans le cadre des procédures de règlement préventif et de redressement judiciaire du débiteur principal par le législateur OHADA. Enfin, les obligations qui pèsent sur le créancier semblent ériger en un principe sacré le devoir de produire la créance cautionnée à la procédure du débiteur en difficulté.

### Conclusion du titre I

**594.** La survie du droit du cautionnement dans les procédures collectives passe par les mécanismes de protection de la caution, histoire d'atteindre les objectifs de sauvetage du débiteur. La protection de la caution se présente désormais comme une nécessité incontournable dans une certaine mesure. L'analyse des mesures relatives à l'existence et à l'étendue de l'engagement de la caution et le droit de critique reconnu à celle-ci permettent de reconnaître que le droit du cautionnement issu de l'OHADA peut être maintenu dans la procédure collective du débiteur. De plus, l'analyse des divers devoirs à la charge du créancier dans la conclusion et l'exécution du cautionnement illustre la présence inavouée de mécanismes de protection de la caution dans le cadre des procédures collectives: le formalisme informatif avant-hier, la proportionnalité hier, le solidarisme et les intérêts de la caution par le devoir de production de la créance à la procédure collective du débiteur avant de poursuivre la caution, aujourd'hui.

**595.** Ces limites à la prééminence contractuelle et économique du créancier sur la caution pourraient constituer les premiers jalons d'une déontologie<sup>1114</sup>, en droit des sûretés, tant dans leur conclusion que dans leur réalisation, signifiant un ensemble de règles comportementales et de devoirs imposés au créancier titulaire d'une sûreté. Il s'agit donc d'une « *police des comportements contractuels* » inhérente à cette déontologie contractuelle<sup>1115</sup>, manifestée dans les devoirs d'information, de mise en garde, de loyauté, de proportionnalité<sup>1116</sup>, mais également dans la conception solidariste du cautionnement, qui loin d'être regardée comme la transformation de la caution en un « assisté » ou en un incapable majeur, constitue au contraire dans l'intérêt du créancier « *un profit à la fois individuel et collectif* »<sup>1117</sup>. Certes les mesures de protection de la

---

<sup>1114</sup> B. BEIGNIER, *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003, p. 361, où la déontologie est définie comme « *une morale sanctionnée par le droit* ».

<sup>1115</sup> L. AYNES, « Vers une déontologie du contrat ? », *Bull. inf. C. cass.*, 2006, n° 646, p. 4.

<sup>1116</sup> P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », *Etudes offertes à Ph. SIMLER*, Dalloz/Litec, 2006, p. 291.

<sup>1117</sup> R. MARTY, « Cautionnement et comportement du créancier », *JCP E* 2007, 2062.

caution sont dues à toutes les étapes de la procédure collective, qu'elle soit préventive ou curative, mais le droit du cautionnement semble retrouver la plénitude de son maintien dans la procédure de liquidation des biens, à travers la reprise des actions individuelles du créancier et celles de la caution contre le débiteur principal à la clôture de la procédure.

## TITRE II - LE MAINTIEN DU DROIT DU CAUTIONNEMENT DANS LA PROCEDURE DE LIQUIDATION DES BIENS

**596. La défaillance définitive du débiteur et la fonction de sûreté du cautionnement.** Jusqu'à la loi française du 13 juillet 1967 qui a inspiré le droit uniforme de l'OHADA, l'histoire de la faillite n'était qu'un morceau détaché de l'histoire générale des procédures d'exécution collective ouvertes contre des commerçants ayant arrêté leurs paiements<sup>1118</sup>. A ce titre, la procédure de liquidation des biens peut être regardée comme la phase qui réconcilie les deux corps de règles du droit privé. En réalité, elle exprime la défaillance définitive du débiteur et justifie la cause-fonction de la garantie. Evidemment, la défaillance traduite par la cessation des paiements du débiteur est constatée lorsque celui-ci « *ne dispose plus de moyens de paiements pour régler son passif exigible* »<sup>1119</sup> et se trouve ainsi dans l'impossibilité de continuer une existence juridique normale<sup>1120</sup>. Pour savoir si la situation est encore remédiable ou sans issue, lorsqu'on a constaté un ou plusieurs défauts de paiements, les juges du fond procèdent à un examen de la situation du débiteur ainsi que des causes et répercussions des refus de paiement<sup>1121</sup>. Il en résulte que le défaut de paiement d'une seule dette suffit parfois à constituer l'état de défaillance lorsque les circonstances qui l'accompagnent font apparaître que ce défaut de paiement unique est l'indice révélateur de l'impossibilité pour le débiteur de faire face à ses engagements<sup>1122</sup>.

**597.** Dans ces circonstances, en réalité, le législateur OHADA permet de mettre un terme aux difficultés du débiteur par le biais d'une procédure de liquidation des biens, faute de pouvoir redresser l'entreprise par la mise en place d'un concordat sérieux de redressement. A cet égard, l'actif de l'entreprise sera liquidé afin de désintéresser les créanciers. Ainsi, le jugement qui prononce la liquidation des biens rend exigible immédiatement les créances non échues au jour

<sup>1118</sup> Dans ce sens, PERCEROU et DESSERTAUX, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, préc., n° 6 ; P.-M. LE CORRE, « 1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, juill.-août 2007, doct. p. 2311 et s. spéc. p. 2315, n° 6.

<sup>1119</sup> Civ., 1<sup>er</sup> août 1938, *Gaz. Pal.* 1938, 2, 735 : « *L'état de cessation de paiements est un état de fait complexe résultant d'un ensemble de circonstances démonstratives de la situation désespérée du débiteur* » ; Com., 28 mai 1958, *Bull. civ.* 1958, III, n° 195, p. 159.

<sup>1120</sup> Cass. com. 5 juin 1950 et Req., 22 nov. 1957, *D.* 1958, 1, p. 30.

<sup>1121</sup> Req., 20 nov. 1927, *Journ. Faill.* 1928, p. 5 ; Req., 18 oct. 1932, *Gaz. Pal.* 1932, 2, p. 920 ; Com., 31 juill. 1950, *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 291 ; Paris, 30 juill. 1906, *Journ. Faill.* 1907, p. 15 : « *Le refus même isolé d'acquitter une seule dette commerciale justifie la déclaration de faillite si la situation du débiteur est révélatrice de l'état de cessation des paiements* ».

<sup>1122</sup> A. HONORAT, note sous *D.* 1978, IR, p. 443 ; GUYENOT, « Evolution de la notion de cessation des paiements en jurisprudence », *Petites affiches* 1981, n° 37, p. 3 ; G. PONCEBLANC, « L'opportunité d'avoir caractérisé légalement la notion de cessation des paiements : une opportunité risquée », *Rev. proc. coll.* 1986, n° 4, p. 33 et s. ; V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.* 2002, p. 245 et s.

du redressement judiciaire, justifiant ainsi la possibilité pour le créancier de poursuivre la caution en paiement de la dette.

**598. La renaissance des actions individuelles contre le débiteur principal.** L'Acte uniforme organise, à la suite de l'échec du redressement du débiteur, l'apurement définitif du passif, de telle sorte que, dans l'hypothèse où la procédure est clôturée pour insuffisance d'actif, les créanciers retrouvent l'exercice de leur droit de poursuite individuelle contre le débiteur principal. Cette situation correspond bien à la notion de défaillance du débiteur pour justifier la mise en œuvre du cautionnement dans la mesure où la caution qui a payé à la place du débiteur peut légitimement agir contre le débiteur en remboursement des sommes payées. Parallèlement aux recours personnels en remboursement contre le débiteur, la caution peut bénéficier d'autres mesures de protection inhérentes à sa situation juridique, notamment l'absence de déchéance du terme, pour lui permettre de ne pas supporter définitivement le poids de la dette garantie.

**599.** Il s'ensuit que la défaillance définitive du débiteur principal rend compatibles les deux corps de règles du droit privé et justifie la mise en œuvre du cautionnement (Chapitre I). Dans cette hypothèse, la caution peut, par le mécanisme de la subrogation, bénéficier des droits et garanties du créancier afin d'alléger sa contribution définitive à la dette du débiteur principal (Chapitre II).

## CHAPITRE I - LA COMPATIBILITE DE LA NATURE DU CAUTIONNEMENT AVEC LA DEFAILLANCE DEFINITIVE DU DEBITEUR

**600. Prolégomènes à la défaillance du débiteur et la situation irrémédiablement compromise.** La subordination de la poursuite de la caution à la défaillance du débiteur et la possibilité d'assigner celui-ci en justice coïncident en droit des procédures collectives avec la procédure de la liquidation des biens. Des théories anciennes ont été avancées pour décrire la situation financière désespérée du débiteur défaillant : la théorie du nombre des défauts de paiement<sup>1123</sup>, celle relative à la généralité des dettes en souffrance<sup>1124</sup> et celle fondée sur la perte du crédit<sup>1125</sup>. La théorie de la perte totale de crédit peut mieux correspondre à l'hypothèse envisagée du cautionnement puisqu'elle prend en compte la dimension de l'inexécution des engagements financiers par le débiteur principal<sup>1126</sup>. Cette solution rejoint l'idée développée par Bonnecase selon laquelle le fait générateur de la défaillance suppose la réunion de deux éléments : un élément formel, l'arrêt des paiements et un élément purement juridique, la perte de son crédit par le débiteur<sup>1127</sup>. Le crédit, pour certains auteurs, « *c'est l'essence même de la vie commerciale* »<sup>1128</sup> et pour d'autres, la cessation des paiements doit être la conséquence d'une

<sup>1123</sup> La cessation des paiements caractérisant la faillite du débiteur s'entendait de **l'arrêt de tous les paiements**, chez certains auteurs, E. VICENS, *Exposition raisonnée de législation commerciale et examen critique du code de commerce*, t. 1, Paris, 1821, p. 412. Pour cette théorie de l'arrêt total des paiements, décider que le non-paiement de quelques dettes suffit à entraîner la faillite serait faire preuve d'un rigorisme excessif, car seul l'arrêt total des paiements atteste de manière incontestable la fin de l'existence commerciale, et par voie de conséquence la défaillance du débiteur.

<sup>1124</sup> Pour les défenseurs de la thèse de la **généralité des dettes en souffrance**, la cessation des paiements suppose une certaine continuité dans la défaillance. Aug. Ch. RENOARD, (*Traité des faillites et banqueroutes*, préc., p. 234 l), A. BOISTEL (*Cours de droit commercial*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Fontemoing, 1890, n° 895) et E. THALLER (« Ce que c'est que la cessation des paiements dans la faillite », sous civ. 15 fév. 1897, *Annales de droit commercial*, 1897, p. 214) ont pensé que la cessation de la généralité des paiements apporterait la preuve que le débiteur n'est pas en proie à une gêne passagère et que, dès lors, il doit être mis en faillite. Selon Renouard, l'arrêt des paiements doit porter non sur quelques paiements mais sur leur généralité et Thaller (art. préc., p. 214) traduit la même idée en des termes plus nuancés en déclarant que « *l'impossibilité de payer doit porter sur une portion appréciable du passif échu* » ; dans le même sens, Colmar, 19 avril 1860, *S.* 1861, 2, p. 25 ; également, trib. com. Seine, 16 oct. 1885, *Journ. Faill.* 1886, p. 35. La défaillance peut être l'indice d'un embarras momentané dont le débiteur a des chances de triompher : Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *op. cit.*, n° 61. Cependant, le défaut de paiement d'une seule dette peut justifier la défaillance, lorsqu'il s'agit d'une dette d'importance majeure dans la structure financière de l'entreprise et si le débiteur, ayant perdu tout crédit, se trouve dans une situation désespérée.

<sup>1125</sup> **La perte de crédit** constituerait le trait dominant de la situation financière désespérée du débiteur. J. PARDESSUS (*Cours de droit commercial*, 5<sup>e</sup> éd., t. V, 1841, p. 16), P. BRAVARD-VEYRIERES (*Traité de droit commercial*, 1840, t. V, p. 15, Des faillites 2<sup>e</sup> éd. par Ch. DEMANGEAT, Paris, 1890-1892, 6 vol., t. V et VI, 1891) et R. GARRAUD (*De la déconfiture et des améliorations dont la législation sur cette matière est susceptible*, Paris, Marescq 1880, p. 70) l'ont exposée et BONNECASE (*La faillite virtuelle. Etude de jurisprudence*, thèse, Toulouse, 1904) l'a développée avec précision.

<sup>1126</sup> J.-P. HAEHL, « L'inexécution des engagements », in « Problèmes d'exécution des plans de redressement », colloque CRAJEFE, 27 mars 1993, *Petites affiches*, 16 juin 1993, n° 72, p. 38.

<sup>1127</sup> J. BONNECASE, « *La faillite virtuelle et la notion juridique de la cessation des paiements* », *Annales de droit commercial*, 1910, p. 353 et s.

<sup>1128</sup> M. K. TAHA, *Etude analytique et critique de la faillite virtuelle en droit français et en droit égyptien*, thèse Paris, 1948, p. 204.

perte définitive du crédit<sup>1129</sup>. Le crédit commercial reposerait donc uniquement sur la confiance, trouvant son fondement dans des éléments constitutifs divers : aptitudes professionnelles, bonne renommée du débiteur, activité économique générale et bénéfiques espérés. Il s'ensuit que la perte du crédit par le débiteur réside dans le fait que les créanciers ne consentent plus à lui accorder des délais pour le paiement de ses dettes exigibles après plusieurs incidents de paiements ou lorsqu'un banquier, au vu du bilan, n'est plus disposé à lui prêter son concours, soit pour des opérations d'escompte, soit sous la forme d'une ouverture de crédit quelconque : avances, garanties, découverts ou facilités de caisse.

**601.** Les diverses positions examinées placeraient le point de départ de la poursuite de la caution au stade de la procédure de liquidation des biens car la défaillance rendrait les remises de dette ou les reports d'échéance impossibles. La subordination de la situation désespérée à l'arrêt des paiements avait d'ailleurs suscité le débat sur la distinction entre suspension et cessation des paiements pour englober la notion d'insolvabilité. Renouard a affirmé, à cet effet, qu' « *un négociant qui ne paie plus à l'échéance cesse en réalité ses paiements alors même qu'il conserve l'espérance de les reprendre plus tard* »<sup>1130</sup>. Inversement, Percerou observait que c'est avec raison que les rédacteurs de la loi française de 1838 ont écarté la distinction entre suspension des paiements et cessation des paiements, car, « *si on l'avait admise, tout commerçant, le jour où il n'aurait plus fait face à ses échéances, n'aurait pas manqué, pour rester à la tête de son patrimoine, de prétendre qu'il ne s'agissait que d'une suspension de paiement n'impliquant nullement son insolvabilité* »<sup>1131</sup>.

**602.** Sous le couvert de la notion de la situation financière gravement compromise une tendance peut être dégagée, rapprochant l'idée de non-paiement de la cessation des paiements et de l'insolvabilité pour traduire la situation irrémédiablement compromise du débiteur<sup>1132</sup>. A cet égard, la constatation de la défaillance du débiteur devait être établie par un faisceau de preuves et révéler une situation gravement obérée ou irrémédiablement compromise<sup>1133</sup>. Par conséquent,

---

<sup>1129</sup> G. GRANCHET, *La notion de cessation de paiement dans la faillite et dans le règlement judiciaire*, thèse préc., p. 148.

<sup>1130</sup> Rapport à la chambre des députés cité par L. BEAUDOIN, art. préc., p. 1032, note 8 et G. GRANCHET, thèse préc., p. 134.

<sup>1131</sup> R. PERCEROU, *op. cit.*, n° 184, p. 180.

<sup>1132</sup> Selon ARGENSON, TOUJAS et DUTHEIL (*Règlement judiciaire et faillite*, Traité et formulaire, spéc., p. 2), « *s'il est vrai que, dans sa conception classique, la notion de cessation des paiements ne se confond pas avec l'insolvabilité, la doctrine et la jurisprudence la plus récente tendent (...) du moins à élargir de notable façon le concept traditionnel et à tenir compte d'un ensemble d'éléments révélateurs de la situation commerciale réelle du débiteur et de son crédit* ».

<sup>1133</sup> La Cour de cassation française (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 mai 1930, *D.* 1933, 1, p. 121, note BESSON ; Paris, 13 déc. 1951, *JCP G* 1952, II, n° 7001, note, G. TOUJAS) employait une formule large pour rapprocher les diverses notions

l'intervention judiciaire sera trop tardive pour sauver le débiteur d'ores et déjà en situation gravement obérée<sup>1134</sup>. Le législateur du droit uniforme n'est pas loin de ces diverses conceptions lorsqu'il définit la liquidation des biens comme une procédure ayant pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif<sup>1135</sup>. Conformément à l'article 2, 3°, de l'AUPC, la procédure collective s'achève par la liquidation des biens lorsque le redressement est impossible ou si l'entreprise a cessé toute activité.

**603.** A ce stade, le législateur autorise les poursuites contre le débiteur faisant l'objet de la procédure de liquidation des biens. En conséquence, la reprise des actions individuelles et l'abolition des remises concordataires rendent compatibles la procédure de liquidation des biens et le droit commun du cautionnement d'autant plus qu'à la clôture de la procédure pour ou avec insuffisance d'actif, les créanciers peuvent mettre conjointement en cause le débiteur et la caution (Section 1). De son côté, la caution peut valablement avant ou après paiement, par action personnelle ou par voie subrogatoire agir contre le débiteur en remboursement des sommes payées (Section 2).

### **Section 1 - La compatibilité de la liquidation des biens avec la finalité du cautionnement**

**604. La renaissance des droits du créancier dans l'opération de cautionnement.** La procédure collective contemporaine n'est compatible avec le droit du cautionnement que dans la phase de liquidation des biens car, évitant toute gymnastique juridique et correspondant le mieux à la conception nostalgique du droit de la faillite. En réalité, la mise en œuvre de la procédure de liquidation des biens est la résultante de l'impossibilité de redresser la situation du débiteur défaillant et impose de procéder à la réalisation de ses biens. Il s'agit donc d'une procédure de paiement dans laquelle le législateur, conscient de la nature de la procédure, autorise la reprise des actions individuelles contre le débiteur principal. Le créancier retrouve à ce niveau la plénitude de ses droits à la fois contre le débiteur et contre la caution. En effet, le créancier qui

---

en cause : le débiteur devait se trouver dans une situation « désespérée » qui le placerait dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible et se trouver dans l'impossibilité de continuer une existence commerciale normale. Un arrêt rendu par la cour de cassation le 31 juillet 1950 (*Gaz. Pal.* 1950, 1, Jur. p. 291 ; *RTD com.* 1950, p. 645, obs. HOUIN) a pu affirmer que « *de ces constatations souveraines qui établissent à la fois les qualités de la créance restée impayée et l'insolvabilité du commerçant, la cour d'appel a pu déduire l'état de cessation de paiements dans lequel se trouvait le débiteur* » ; A. HONORAT (*D.* 1977, IR, p. 165) relevait que constater l'existence d'une situation irrémédiablement compromise apparaissait contradictoire à la mise en œuvre d'une procédure de règlement judiciaire, applicable seulement aux entreprises susceptibles de se redresser.

<sup>1134</sup> M. DIZEL, « La notion de situation désespérée et la définition de la cessation des paiements », *Petites affiches*, 1980, n° 70 et 71, p. 3.

<sup>1135</sup> Article 2, 3°, de l'AUPC.

ne peut obtenir paiement de la part du débiteur en raison de la clôture de la procédure, avec ou pour insuffisance d'actif, peut légitimement réclamer paiement de la dette à la caution dans la mesure où l'engagement de la caution a pour but de payer à la place du débiteur, lorsque celui-ci est défaillant, traduisant la cause-fonction de la garantie.

**605.** Dès lors, la procédure peut être étendue non seulement à la caution étrangère à l'entreprise mais également à l'associé tenu solidairement des dettes sociales alors caution ou le dirigeant caution qui est dans l'impossibilité de payer le créancier bénéficiaire de la garantie. Il résulte de ce qui précède que la procédure de liquidation des biens correspond mieux à l'objectif de sauvetage du débiteur car, cette procédure préserve les liens de droit du créancier contre le débiteur et la caution (Paragraphe 1) et consolide, par voie de conséquence, la finalité de la garantie (Paragraphe 2).

### **Paragraphe 1 - Une compatibilité retrouvée dans le maintien des droits du créancier**

**606. Le trinôme incontestable: créancier-débiteur-caution.** Le maintien du droit du cautionnement dans la procédure de liquidation des biens se manifeste dans la préservation des rapports entre les trois partenaires dans l'opération du cautionnement. La liquidation des biens est une véritable procédure de paiement des créanciers et rien ne peut justifier l'expropriation légale des droits substantiel et procédural des partenaires du débiteur insolvable que sont les créanciers et la caution sauf à les mettre dans une union pour organiser leur rang de paiement. Dans ces circonstances, la reprise des poursuites individuelles lors de la clôture de la procédure collective préserve les liens de droit du créancier à l'encontre du débiteur principal et à l'encontre de la caution.

**607.** Cette solution apparaît comme l'une des innovations fondamentales du droit des procédures collectives issu de l'OHADA non seulement parce qu'elle est conforme à la force obligatoire du contrat<sup>1136</sup> mais surtout, parce qu'elle est en rupture avec la loi française du 25 janvier 1985 qui maintenait la suspension des poursuites contre le débiteur à ce stade de la procédure. En permettant au créancier d'agir à la fois contre le débiteur et la caution, il en résulte que le créancier peut mettre conjointement en cause le débiteur et la caution (A). Néanmoins, le créancier peut poursuivre exclusivement la caution. Il en découle que la procédure de liquidation

---

<sup>1136</sup> J.-M. TRIGEAUD, « Justice et fidélité dans les contrats », *Archives de Philosophie de Droit*, 1983, p. 210.

des biens se concilie aisément avec la cause-fonction de l'« accessoire » caractéristique du cautionnement attaché à la dette principale (B).

## **A - La possibilité d'une action conjointe contre le débiteur et la caution à la clôture de la procédure collective**

**608. La reprise des actions individuelles contre le débiteur.** La liquidation des biens peut être prononcée *ab initio* par le jugement d'ouverture de la procédure collective dès lors que le débiteur ne présente pas dans les délais une proposition de concordat sérieux ; elle peut également résulter de l'échec de la procédure de redressement judiciaire. Il s'agit donc d'une procédure de paiement mettant les créanciers en union. C'est à ce stade que peut être observée la reprise du droit d'action reconnu aux créanciers contre le débiteur défaillant. Dans cet ordre d'idées, l'Acte uniforme énonce que lorsque les opérations de liquidation sont terminées, l'union est dissoute de plein droit et les créanciers recouvrent l'exercice individuel de leurs actions<sup>1137</sup>. De même, dans l'hypothèse de la clôture des opérations pour insuffisance d'actif<sup>1138</sup>, l'article 174 AUPC dispose clairement que « *la décision de clôture pour insuffisance d'actif fait recouvrer à chaque créancier l'exercice individuel de ses actions* ». Il résulte de cette prévision légale que le droit uniforme est en rupture avec nombre de systèmes juridiques, surtout le droit français, où le principe est celui de la libération du débiteur et le maintien de la poursuite contre la caution, ce qui traduisait un manque réel de repère de déontologie contractuelle.

**609. Rappel historique.** Les origines qui sous-tendent la règle de l'absence de rétablissement des poursuites à l'encontre du débiteur défaillant peuvent être recherchées dans l'histoire de la faillite. Déjà, en droit romain, la cession des biens héritée de la *venditio bonorum*, reprise par l'ancien article 1270 du Code civil<sup>1139</sup> mettait le débiteur à l'abri des poursuites des créanciers<sup>1140</sup>. Mais, c'est surtout le droit anglais, *l'order of discharge*, introduit dès 1705 au profit des débiteurs de bonne foi et reprise par le *Bankruptcy reform act* du droit américain de 1978<sup>1141</sup> qui ont considérablement influencé l'article 169 de la loi française du 25 janvier

---

<sup>1137</sup> Article 170 et 171, alinéa 2, de l'AUPC.

<sup>1138</sup> Aux termes de l'article 173 AUPC, « *Si les fonds manquent pour entreprendre ou terminer les opérations de la liquidation des biens, la juridiction compétente, sur le rapport du juge-commissaire peut, à quelque époque que ce soit, prononcer, à la demande de tout intéressé ou même d'office, la clôture des opérations pour insuffisance d'actif* ».

<sup>1139</sup> Abrogé à compter du 1<sup>er</sup> janv. 1993 par L. n° 91-650 du 9 juill. 1991 et intégré au code de la consommation.

<sup>1140</sup> Sur la question, B. SOINNE, « La problématique de la nouvelle cession d'entreprise », art. préc., p. 313.

<sup>1141</sup> J. HAZARD, « Les procédures d'insolvabilité aux Etats-Unis », *Petites affiches*, 16 juin 2005, n° 119, p. 12 ; sur la réforme du Code américain de la faillite, M. TANGER, « Le bankruptcy reform act de 1994 », *Petites affiches* 1995, n° 111, p. 14 ; M. TANGER, « L'établissement du passif antérieur selon la législation fédérale des Etats-Unis sur la faillite », *Petites affiches*, 19 août 2003, n° 165, p. 3-10 ; comp. F. TROCKELS, « Aperçu du nouveau régime

1985<sup>1142</sup> selon lequel « le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur ». Cette solution devenue constante, reprise par la loi du 10 juin 1994 et réaffirmée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 porte atteinte aux dispositions de l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil. Cependant, elle est loin de l'opinion scandalisée de Ripert selon laquelle « c'est tuer le contrat que de libérer légalement le débiteur chaque fois qu'il éprouve des difficultés de paiement »<sup>1143</sup>. Le législateur du droit uniforme a tiré sans doute les conséquences juridiques de l'absence de la reprise des poursuites contre le débiteur en rétablissant les créanciers dans leurs droits de poursuite contre le débiteur à l'issue de la procédure.

**610.** Il s'ensuit que la reprise des poursuites individuelles contre débiteur a lieu sans distinction entre le débiteur de bonne foi ou le débiteur ayant fait l'objet d'une faillite personnelle<sup>1144</sup>. Ainsi, les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle contre le débiteur, ancien dirigeant caution d'une personne morale, tenu personnellement du passif de celle-ci, par l'effet de la liquidation des biens prononcée contre lui à titre de sanction et clôturée pour insuffisance d'actif, lorsque ce dirigeant a également fait l'objet d'une mesure de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer ou a été condamné pour banqueroute<sup>1145</sup>. A cet égard, une créance régulièrement déclarée au passif du débiteur en redressement judiciaire suffit ; une nouvelle déclaration ne doit pas être exigée dans la procédure de liquidation des biens. En droit français, un arrêt a pu décider que le créancier qui a déclaré sa créance au passif du débiteur en redressement judiciaire n'est pas tenu de procéder à une nouvelle déclaration de créance lorsqu'une procédure de liquidation judiciaire est prononcée<sup>1146</sup>. Dans cette hypothèse, l'action du créancier peut être renforcée par la possibilité d'une mise en cause conjointe.

---

juridique de l'insolvabilité en Allemagne », *Rev. proc. coll.* 1996, p. 23 et p. 28 ; F. TROCKELS, « Le droit allemand des procédures collectives et le droit privé international allemand », *Rev. proc. coll.*, déc. 1998, n° 5, p. 483-491.

<sup>1142</sup> B. SOINNE, « Bilan de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires : mythes et réalités, propositions de modifications », art. préc., p. 364 et s. ; NEVEU, « La dernière tentation du failli », *Banque et Droit* 1989, p. 19 ; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.*, n° 3275 ; B. SOINNE, « La clôture de la liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.* 1993/2, p. 217, n° 27.

<sup>1143</sup> G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », art. préc., chron. 57. Pour les auteurs favorables à la mesure, E. DU PONTAVICE, *RJ com.* 1987, p. 171, B. SOINNE, art. préc., *Rev. proc. coll.* 1993/2, n° 27, p. 244 ; B. DUREUIL, *op. cit.*, p. 399.

<sup>1144</sup> G. TEBOUL, « Faut-il encore réformer le droit des entreprises en difficulté ? », *Petites affiches*, 26 oct. 2007, n° 215, p. 4 et s., spéc. p. 6, où l'auteur affirme qu'un dirigeant qui a eu recours à la prévention ou a été contraint de déposer le bilan doit être présumé honnête, malheureux et de bonne foi. En ce qui concerne la notation du dirigeant qui a déposé un bilan, restée pendant longtemps automatiquement défavorable, il souligne que cette sanction est très lourde et injuste pour les dirigeants honnêtes et de bonne foi.

<sup>1145</sup> Com., 16 janv. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 2.

<sup>1146</sup> Com., 16 janv. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 4.

**611. La possibilité de mise en cause conjointe.** La mise en cause à la fois du débiteur et de la caution est maintenue à l'issue de la procédure de liquidation des biens puisque le législateur autorise la poursuite du débiteur principal. Cette solution confirme l'idée de la conciliation entre le droit des procédures collectives et celui du cautionnement. Elle est également amplement conforme au caractère accessoire du cautionnement selon lequel la caution ne peut être tenue de manière plus onéreuse que le débiteur principal. En conséquence, le principe de la simultanéité des poursuites est rétabli. En réalité, sous l'empire de la loi française du 25 janvier 1985 qui interdisait la reprise des poursuites contre le débiteur mais en maintenant les actions contre la caution, la doctrine était partagée relativement à la finalité de la garantie et à la méconnaissance du caractère accessoire de la sûreté.

**612.** Pour la thèse favorable à l'extinction du cautionnement<sup>1147</sup>, il a été avancé un certain nombre d'arguments peu orthodoxes. Il était soutenu par l'interprétation de l'article 1287 du Code civil de 1804 que l'arrêt des poursuites à l'encontre du débiteur équivaldrait à une remise de dette. Or, il était constamment jugé que les remises consenties au débiteur ont un caractère judiciaire et ne sauraient profiter à la caution. Les cautions ont tenté aussi de faire prévaloir les dispositions de l'article 2037 du Code civil qui les déchargent lorsqu'elles ne peuvent pas être subrogées dans les droits préférentiels du créancier. Cependant, dans cette hypothèse, l'absence des poursuites individuelles n'est pas le fait du créancier mais elle est une interdiction légale. Dans ces circonstances, la caution était tenue de payer le créancier sans pouvoir se retourner contre le débiteur principal. La solution avait donc pour inconvénient de modifier gravement la nature accessoire du cautionnement dans la mesure où la caution était placée, par l'effet de la loi, dans la même situation qu'un codébiteur intéressé à la dette. Cette solution a été remise en cause par la loi française du 10 juin 1994 qui avait reconnu à la caution un recours contre le débiteur à l'issue de la liquidation<sup>1148</sup>.

**613.** Tenant compte de l'évolution en la matière, l'autorisation par une disposition d'ordre public de la reprise des actions individuelles contenue dans l'Acte uniforme est une reconnaissance formelle à faire coïncider la défaillance définitive du débiteur principal avec la clôture de la

---

<sup>1147</sup> Sur la question, B. SOINNE, « Le cautionnement et la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires », art. préc., p. 100.

<sup>1148</sup> Pour une étude complète de la question, Com., 8 juin 1993, *JCP E* 1993, I, 275, n° 8, obs. PETEL ; *RTD com.*, 1993, 583, obs. MARTIN-SERF ; *JCP E* 1994, II, 525, note LECENE-MARENAUD ; *JCP G* 1994, II, 22174, note GINESTET ; *Bull. Joly* 1993, 911, g 265, note M. JEANTIN ; *Dr. soc.*, août/sept. 1993, n° 164, note Th. BONNEAU ; Bourges, 30 mai 1989, *Banque*, 1989, 976, obs. RIVES-LANGE ; Toulouse, 17 janv. 1991, *Dr. soc.* 1991, n° 219 ; F. DERRIDA, P. GODE et J. P. SORTAIS, *op. cit.*, n° 572 ; A. HONORAT, *D.* 1985, 140 et 1990, 494 ; P. LUTZ et P. VERDENNE, préc., 3, p. 21 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 703 ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 158 et 299.

procédure collective. Cette concordance se justifie par le fait que le créancier, pour poursuivre la caution à ce stade, doit mettre conjointement en cause le débiteur et la caution pour obtenir paiement de sa créance. Par principe, en droit du cautionnement issu de l'OHADA, l'efficacité de la réalisation du cautionnement est soumise à une exigence d'ordre procédural, consistant en la poursuite, dans la même instance, de la caution et du débiteur principal. L'article 15, alinéa 2, de l'AUS prévoit, dans ce sens, que « *le créancier ne peut poursuivre la caution simple ou solidaire qu'en appelant en cause le débiteur principal* ». Cette exigence complète une autre, soumettant la recevabilité d'une action du créancier contre la caution à la mise en demeure préalable adressée au débiteur et restée sans effet<sup>1149</sup>.

**614. Mise en cause conjointe et simultanéité de l'exigibilité de la dette.** L'exigence légale de la mise en cause conjointe semble se justifier par le souci de permettre à la caution de connaître les moyens et exceptions du débiteur pour pouvoir préparer sa défense ou agir en remboursement contre le débiteur dans l'hypothèse où elle payerait le créancier. M. Issa-Sayegh souligne, d'ailleurs utilement que, faute de procéder de la sorte, l'action du créancier risque d'être déclarée irrecevable ou de subir un sursis à statuer<sup>1150</sup>.

**615.** Cette solution renoue fondamentalement avec le droit commun du cautionnement d'autant plus que la règle de mise en cause conjointe, inspirée de la notion d'exigibilité simultanée du cautionnement et de la dette garantie développée par la doctrine<sup>1151</sup>, est conforme à l'article 7, alinéa 2, de l'AUS. Elle permet de mesurer l'obligation de la caution à celle du débiteur défaillant pour savoir si elle n'excède pas « *ce qui est dû par le débiteur principal au moment des poursuites* ». Seulement, la mise en cause conjointe suppose la coïncidence de l'échéance de la garantie avec l'échéance du rapport de base ; or, la mise en liquidation des biens n'emporte pas nécessairement la déchéance du terme à l'encontre de la caution.

**616. Mise en cause conjointe et l'absence de déchéance du terme à l'encontre de la caution.** Dans le cadre de la procédure de liquidation des biens, d'après l'article 13, alinéa 4, de l'AUS, nonobstant toute clause contraire, la déchéance du terme accordé au débiteur principal ne s'étend pas automatiquement à la caution qui ne peut être requise de payer qu'à l'échéance fixée à l'époque où la caution a été fournie. Toutefois, la caution encourt la déchéance du terme si, après

<sup>1149</sup> Article 13, alinéa 2, de l'AUS.

<sup>1150</sup> J. ISSA-SAYEGH, obs. sous l'article 15 AUS.

<sup>1151</sup> B. SOINNE, « Le cautionnement et la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires », art. préc., p. 99 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 420 et s. ; D. GRIMAUD, (thèse préc., n° 259), critiquant les incohérences des déductions faites à partir de cette notion de la simultanéité d'exigibilité faite par la jurisprudence ; N. DJIMASNA, thèse préc., n° 190, p. 235.

mise en demeure, elle ne satisfait pas à ses propres obligations à l'échéance fixée. M. Delebecque affirme, à ce propos, qu'une clause imposant une échéance du cautionnement plus rapprochée que celle de l'obligation principale fera perdre au cautionnement sa qualification juridique pour devenir une garantie autonome<sup>1152</sup>. De même, il importe de relever que la fixation d'un terme plus rapproché ou plus éloigné du cautionnement n'est pas compatible avec le principe de simultanéité de l'exigibilité de la créance. Pour cette raison, il convient d'analyser la règle de l'absence de déchéance du terme plutôt comme une mesure de protection légale de la caution qui ne peut tirer sa source de son caractère accessoire mais d'une règle d'ordre public d'autant plus que l'article 13, al. 4, de l'AUS précise que toute clause contraire est réputée non écrite.

617. Il s'ensuit que les volontés individuelles ne peuvent pas modifier le terme initialement contenu dans l'acte de cautionnement. En conséquence, aucune clause contractuelle ne peut permettre au créancier de poursuivre la caution avant l'arrivée du terme. Cependant, cette position doit être relativisée car si l'absence de déchéance du terme est possible pour un cautionnement à durée déterminée, elle reste discutable pour « *le cautionnement de tous engagements du débiteur* » prévu par l'article 9 AUS. Il importe d'admettre que le terme dans le cautionnement général reste indéterminé et doit s'aligner sur celui de la dette principale. Dans tous les cas, cependant, lorsque la dette cautionnée est établie ou est exigible dans la procédure de liquidation des biens et que le créancier renonce à son action contre le débiteur, aucune difficulté ne peut surgir relativement à la poursuite exclusive de la caution.

## **B- Le maintien du droit de poursuite exclusive contre la caution**

618. **La finalité de la garantie justifie la poursuite exclusive de la caution dans la liquidation des biens.** La philosophie générale qui sous-tend la volonté du maintien de l'engagement de la caution dans le cadre de la liquidation des biens tient à l'objet même de cette garantie : garantir l'insolvabilité du débiteur envers le créancier. Cet événement est bien réalisé lors de la liquidation des biens<sup>1153</sup>. En principe, la caution n'est tenue de payer qu'en cas de non paiement du débiteur principal<sup>1154</sup> ; en conséquence, la prorogation du terme accordée au débiteur principal par le créancier doit être notifiée par ce dernier à la caution qui est en droit

<sup>1152</sup> Ph. DELEBECQUE, « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », art. préc., p. 185-192.

<sup>1153</sup> F. DERRIDA, P. GODE et J. P. SORTAIS, *op. cit.*, n° 540 ; E. BROCARD, thèse préc., n° 708.

<sup>1154</sup> Article 13, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'AUS ; A. PROVANSAL, « Procédure collective et sûretés personnelles. L'exécution contre les cautions, les coobligés et les garants autonomes des débiteurs en procédure collective », *Gaz. Pal.* Juill.-août 2007, doct. p. 2251 et s.

d'en refuser le bénéfice<sup>1155</sup>. Or, dans les procédures de prévention et de redressement, il existait une entorse impérative à cette possibilité offerte à la caution par l'article 13 AUS.

**619.** Cependant, cette faculté reprend toute sa vigueur à la clôture de la procédure pour ou avec insuffisance d'actif ; rien ne peut, dans ce cas de figure, le justifier. Seulement, dans le cadre de la liquidation des biens, le créancier et le débiteur peuvent conclure un pacte de non poursuite. Dans cette hypothèse, il suffit pour le créancier de produire à la procédure et de se retourner directement contre la caution qui s'engage à répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci. La déclaration de créance constitue une action en justice pouvant faire office d'une mise en demeure adressée au débiteur. Pour mieux comprendre cette position, il est utile de s'inspirer d'une solution retenue par le juge français en la matière. En vérité, la Cour de cassation française a assimilé, mieux, substitué, dans un arrêt du 19 décembre 2006, dans le cadre des procédures collectives, la déclaration de créance à la mise en demeure<sup>1156</sup>. Cette solution est intéressante car, dans le cautionnement, en réalité, la volonté du législateur, du juge ou des parties, vient s'ajouter au contrat dont elle garantit la bonne exécution dans la mesure où la sûreté a pour finalité le paiement du créancier. En conséquence, l'extinction de la créance étant la finalité de la sûreté, elle constitue également la mesure de son utilisation et le sort de la sûreté se trouve dès lors lié à celui de la créance<sup>1157</sup>.

**620. La renonciation de poursuite contre le débiteur n'empêche pas extinction de l'obligation principale.** La renonciation à la poursuite du débiteur principal empêche-t-elle le créancier d'agir directement contre la caution? L'obligation subsiste-t-elle lorsque le créancier renonce à agir en paiement contre le débiteur, lorsqu'il renonce à ses droits de poursuite? A vrai dire, la renonciation à l'action contre le débiteur est indifférente à la poursuite dirigée exclusivement contre la caution pour paiement de la dette garantie dans l'hypothèse de la liquidation des biens. Aucune décision, à notre connaissance, n'est rendue sur cette question dans l'espace de l'OHADA. Mais en droit français, un arrêt du 22 mai 2007 méritant inspiration, illustre bien cette situation. En l'espèce, à la suite de la défaillance d'un crédit preneur, un protocole d'accord a été conclu selon lequel « *les parties renoncent de fait à intenter quelque action que ce soit contre l'autre partie, sans pour autant renoncer aux actions à l'encontre des*

<sup>1155</sup> Article 13, alinéa 3, de l'AUS.

<sup>1156</sup> Cass. com., 19 déc. 2006, *D.* 2007, AJ, p. 92, obs. A. LIENHARD. Cette solution se justifie d'abord en raison de l'interdiction des poursuites contre le débiteur, mais aussi et surtout compte tenu de la nature de la déclaration, qualifiée d'une action en justice. Dans ce sens, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, 683 ; P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, n° 661-11 et s. ; JEANTIN et LE CANNU, *op. cit.*, n° 470 ; M. CABRILLAC et Ph. PETEL, *JCP E* 2007, 1450, p. 22.

<sup>1157</sup> P. CROCQ, « L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité », *Mélanges MOULY*, préc., p. 317, comp. la thèse du même auteur, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, n° 275 et s.

*cautions solidaires délivrées dans le cadre du contrat de crédit-bail* ». Le crédit-preneur ayant été mis en liquidation des biens, les crédits bailleurs ont assigné la caution en paiement. Pour rejeter la demande, l'arrêt d'appel retient que les termes du protocole d'accord sont clairs en ce qu'ils déchargent les débiteurs et les cautions du paiement de l'indemnité de résiliation mais qu'en outre, ils conviennent de la renonciation des sociétés bailleuses à recouvrer les autres sommes dues auprès du débiteur principal, se réservant en revanche le droit de poursuivre les cautions ; que vis-à-vis de la caution, la renonciation aux poursuites principales n'est pas distinguable de la renonciation à la créance qui en est l'objet dans la mesure où, un tel procédé aboutit au même résultat qui est de libérer le débiteur et de priver la caution de tout recours à son encontre; que la caution ne peut cependant être tenue de manière plus sévère que le débiteur principal; qu'il en découle que la remise faite au crédit-preneur a également déchargé la caution de ses engagements. La Cour de cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir statué ainsi, alors que la renonciation par le créancier au droit à agir en paiement contre le débiteur principal n'emporte pas extinction de l'obligation principale ni le recours de la caution contre ce débiteur, de sorte que la clause précitée ne fait pas obstacle aux poursuites du créancier contre la caution solidaire<sup>1158</sup>.

**621.** En principe, selon l'article 7, alinéa 4, de l'AUS, il est vrai que le débiteur principal ne doit pas aggraver l'engagement de la caution par une convention postérieure au cautionnement<sup>1159</sup>. Néanmoins, en s'interdisant d' « *intenter quelque action que ce soit contre l'autre* », le créancier aurait précisément renoncé à exiger le paiement par le protocole d'accord mais n'aurait pas entendu libérer le débiteur de sa dette, de manière à aggraver l'obligation de la caution. De toutes les manières, une telle renonciation n'est pas assimilée à une remise de dette<sup>1160</sup> car, « *même lorsque l'obligation n'est pas susceptible d'exécution forcée, le débiteur "doit" s'exécuter* »<sup>1161</sup> ; il reste tenu, le créancier acceptant de s'en remettre à la bonne volonté ou à la bonne fortune du débiteur.

**622.** Il en résulte que la renonciation n'emporte pas extinction du recours de la caution contre ce débiteur ; autrement dit, la caution actionnée exclusivement peut se retourner contre le débiteur principal, ce qui n'est pas possible dans l'hypothèse de la remise de dette et de la prorogation du terme consenties dans le cadre du règlement préventif et du redressement judiciaire. Cette

<sup>1158</sup> Cass. com., 22 mai 2007, *JCP E* 2007, 1863, pan. p. 12.

<sup>1159</sup> Article 7, alinéa 4, de l'AUS.

<sup>1160</sup> P. CROCQ, obs. sous Com., 22 mai 2007, *RTD civ.* 2008, p. 333 ; O. DESHAYES, « La caution ne peut se prévaloir de la remise des poursuites consentie au débiteur principal », note sous com. 22 mai 2007, *D.* 2007, 1999 et s.

<sup>1161</sup> H. L. et J. MAZEAUD, par F. CHABAS, *op. cit.*, n° 9.

position se justifie aisément en ce sens que la délimitation du jeu de la règle de l'accessoire en matière de cautionnement doit prendre en compte la protection des recours que la caution est susceptible d'exercer après avoir payé. Or, la renonciation à poursuivre le débiteur principal dans le cadre de la procédure de liquidation des biens n'affecte pas cette nature inhérente à la garantie. Il s'ensuit que le cautionnement est maintenu d'une manière renforcée dans la procédure de liquidation des biens.

**623.** Le maintien du recours s'explique par l'impossibilité pour le créancier et le débiteur de modifier les termes de l'engagement de la caution, position que traduisent certains auteurs en ces termes : « *il est en effet impossible aux créanciers et débiteur de priver la caution, sans son consentement, de son recours en remboursement* »<sup>1162</sup>. De plus, si par la renonciation les créanciers ne vont pas recouvrer l'exercice individuel de leurs actions, en cas de clôture pour insuffisance d'actif, ce fait n'éteint pas la dette ; il laisse subsister une obligation naturelle<sup>1163</sup>. A cet égard, le créancier peut légitimement agir contre la caution sans mettre le débiteur en cause, pour obtenir paiement de la dette garantie, démontrant à suffisance la consolidation de la garantie dans la procédure de liquidation des biens du débiteur.

## **Paragraphe 2 - Une compatibilité inhérente à la préservation de la finalité de la garantie**

**624. Le maintien de la fonction de la garantie du cautionnement.** La garantie du cautionnement semble retrouver dans le cadre de la liquidation de biens, mieux qu'ailleurs, une certaine efficacité ainsi que les justifications de sa mise en œuvre. Le droit d'action du créancier contre le débiteur principal et la caution dans le cadre de la procédure de liquidation des biens aboutit à la consolidation de la garantie. En réalité, le garant s'engage parce qu'il sait que lorsqu'il aura payé le créancier, il peut disposer d'un recours contre le débiteur principal. M. Crocq souligne dans ce sens que c'est « *uniquement dans la perspective de ce recours qu'il accepte de s'engager* »<sup>1164</sup>. A cet égard, la reprise des actions individuelles contre le débiteur principal dans la procédure de liquidation des biens justifie cette cause de l'engagement de la caution (A), contre qui la procédure peut être étendue lorsqu'elle ne peut pas payer ou est en état de cessation des paiements (B).

<sup>1162</sup> M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 290, note 376 ; Ch. MOULY, thèse préc., n° 145.

<sup>1163</sup> F. PEROCHON et R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 501-1. comp. Civ.1<sup>re</sup>, 6 juin 1966, *Bull. civ.* I, n° 341, la renonciation à une demande en justice est analysée comme un désistement d'instance « *qui ne touchait, et de manière momentanée, qu'à l'exercice du droit, sans affecter sa substance* » ; Ph. SIMLER, *J.-Cl. civ.* art. 1282 à 1288, Fasc. « Remise de dette », 2005, n° 118.

<sup>1164</sup> P. CROcq, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », art. préc., 175.

## A- La poursuite de la caution justifiée par la cause-fonction de l'accessoire

### 625. La cause-fonction de l'accessoire justifiée dans la procédure de liquidation des biens.

La manifestation réaliste et définitive de la défaillance du débiteur principal justifie la conscience qu'a la caution de son engagement et, par voie de conséquence, la raison d'être du lien accessoire par rapport à la relation de base. L'accessoire attaché au principal en constitue la justification. En effet, les soubassements du caractère accessoire sont toujours regardés comme causalistes<sup>1165</sup>. L'avènement des garanties personnelles distinctes du cautionnement avait ressuscité le débat de l'acte causé et de l'acte abstrait<sup>1166</sup>. Par ailleurs, une étude récente a pu démontrer que la cause d'un engagement ne se limite pas aux conditions de fond de validité du contrat mais elle s'étend également à la phase d'exécution du contrat, même unilatéral<sup>1167</sup>. Cependant, certains auteurs sont anti-causalistes. Pour preuve, M. Fontaine opte pour la théorie de l'acte abstrait dans l'avant-projet de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif au droit des contrats en estimant que le concept de cause sert, notamment à sanctionner l'illicéité alors que d'autres moyens comme les dispositions d'ordre public pouvaient permettre d'atteindre le même résultat<sup>1168</sup>. Cette position limite la notion de cause *rationae temporis*, localisée au stade de la

<sup>1165</sup> P. ANCEL, thèse préc., n° 164-165 ; L. BOYER, *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause finale et d'acte déclaratif*, Thèse Toulouse 1947, p. 213 et s. ; J. ROCHFELD (*Cause et type de contrat*, préface J. GHESTIN, Bibl. de droit privé, tome 311, LGDJ, 1999, n° 516 et s.) a fait de la reconnaissance de la fonction attachée à chaque type contractuel, la conséquence ultime d'une conception du contrat comme étant « un ensemble finalisé autour de sa cause, et surtout comme un ensemble finalisé dont la structure est dominée selon des types courants ». Pour cet auteur, « chacun des contrats types (...) représente, par l'exigence selon laquelle il doit toujours procurer la même contrepartie, le moyen de parvenir à un résultat donné, et, partant, revêt une fonction spécifique. La permanence de ses éléments constitutifs conduit ainsi à regarder chaque contrat comme investi d'une fonction catégorique, cristallisation à son égard d'une attente toujours identique. La cause type conduit donc à l'émergence d'une cause-fonction, c'est-à-dire d'une cause, finalité du contrat, assignant une fonction à l'entité contractuelle. Son apport réside alors dans la prise en compte de la réception sociale d'un contrat, c'est-à-dire de sa compréhension par chacun des partenaires ».

<sup>1166</sup> A. PRŪM, *La garantie à première demande*, préface B. TEYSSIE, Litec, 1994, n° 117 ; Y. POULET (« La garantie à première demande : un acte unilatéral abstrait ? », *Mélanges J. PARDON*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 409), qui estime que la théorie de l'acte abstrait ne permet pas de fonder l'autonomie de cette garantie, ni d'en définir la mesure ; il fait remarquer que le cautionnement est lui-même présenté comme abstrait, alors qu'il est accessoire ; l'auteur poursuit en soulignant que la théorie de l'acte abstrait est erronée : ses partisans définissent la cause comme le mobile entré dans le champ contractuel ; or, précisément, le garant et le bénéficiaire se seraient entendus pour maintenir toute considération relative au contrat de base en dehors de leur accord de volonté

<sup>1167</sup> A. CERMOLACCE (*Cause et exécution du contrat*, thèse Aix-Marseille, préface J. MESTRE, 2001, n° 237 et s.) soutient que dans les contrats unilatéraux, et plus particulièrement dans les sûretés (n° 239 et s. consacrés à l'étude de la cause dans l'exécution du cautionnement), la notion de cause présente un certain intérêt lorsqu'elle est appréhendée dans son aspect subjectif ; mais il ne renie pas pour autant l'existence de la cause objective ou cause de l'obligation ; Ph. JESTAZ, (« L'obligation et sa sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *Mélanges P. RAYNAUD*, 1985, p. 273 et s.) affirme que « le bât de la cause blesse toujours au même endroit, celui des contrats unilatéraux ».

<sup>1168</sup> M. FONTAINE, « Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *Rev. du droit uniforme*, 2004-2, Vol. IX, p. 253 et s., spéc. 265 et 266 ; du même auteur, « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : présentation générale », [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org) ; C. CHAPPUIS, « Le renoncement à la cause et à la "considération" », in colloque sur « L'harmonisation du droit OHADA des contrats », Ouagadougou, 15-17 nov. 2007, [www.ohada.com](http://www.ohada.com). Le droit

formation du contrat de cautionnement et aboutit principalement à revenir à la thèse de Capitant selon laquelle le cautionnement serait un acte abstrait<sup>1169</sup>. Or, depuis la Grèce antique, Aristote enseignait, déjà, la théorie des quatre causes<sup>1170</sup>. De toutes les manières, le but du cautionnement réside dans le surcroît de sécurité apporté au créancier, démontrant, par voie de conséquence, la cause finale de l'obligation de la caution. De plus, ce serait oublier qu'en tant qu'outil conceptuel, la causalité présente plusieurs aspects susceptibles d'être exploités<sup>1171</sup>. Dès lors, l'accessoire attaché à l'obligation principale a une cause<sup>1172</sup>. Elle réside dans le fait que la caution, en payant le créancier dans la procédure de liquidation des biens, sait qu'elle peut intenter valablement une action en remboursement contre le débiteur, pour ne pas être tenue, d'une façon plus onéreuse ou définitivement à la dette garantie. Or, ceci n'est pas possible dans les procédures de prévention des difficultés du débiteur et de redressement judiciaire dans le

---

allemand ne connaît la notion de cause que dans le contexte de l'enrichissement sans cause ; dans ce sens, H. KÖTZ et A. FLESSNER, *European Contract Law*, Oxford, 1997, I, 54 : « *the concept is quite unknown elsewhere in Europe (...)* ».

<sup>1169</sup> H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 1927, n° 184, p. 412 et s. ; A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préface R. PERROT, LGDJ, Bibl. de droit privé, tome 19, 1961, n° 287 ; J. MAURY, *Répertoire civil*, 2<sup>e</sup> éd., 1970, n° 173, voir « Cause ». Dans le même sens, M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 63 et 99. Or, c'est l'existence de la cause qui autorise MOULY (*Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc., n° 428) à soutenir que si la caution échouait dans ses recours contre le débiteur, leur fondement causaliste imposerait qu'on lui reconnaisse la possibilité d'agir contre le créancier en enrichissement sans cause. M. CROCQ (thèse préc., n° 275) aussi est dans ce sens quand il affirme que « *la réalisation de la sûreté ne doit pas être une source d'enrichissement pour le créancier* ». Pour la thèse de la cause, J. FRANCOIS, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004, n° 125 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, op. cit.*, n° 97 ; Ch. ALBIGES et M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, Dalloz, 2007, n° 91.

<sup>1170</sup> Sur la théorie des quatre causes conçue par ARISTOTE (cause matérielle, cause formelle, cause efficiente et cause finale) et systématisée par Saint THOMAS d'ACQUIN et SCOLASTIQUE, voir ARISTOTE, *Physique*, Paris, Les belles lettres, 1966, II, 3 ; adde, *Métaphysique*, trad. et notes, par J. TRICOT, Librairie philosophique, J. Vrin, 1991, tome 1, Livre V, 2 ; A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Vol. 1, 4<sup>e</sup> éd., Quadrige, PUF, 1997, « Cause », la cause finale est la fin en vue de laquelle une chose est faite et se produit. L. J. ELDERS, *La métaphysique de saint Thomas d'Acquin- Dans une perspective historique*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1994, p. 316 et s., : *Dans et de la manière, la cause efficiente fait sortir la forme en vue d'une fin* ».

<sup>1171</sup> Sur la causa romaine, Y. THOMAS, *Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, thèse Paris II, 1978, p. 490 et s. mais surtout p. 500, où l'auteur a exposé le rapport juridique en vue duquel le fidejusseur s'engageait et auquel se réfèrent les formules qu'il prononçait, constituant la causa de la *fidejussio*. Pour cet auteur, « *la fidejussio s'appuie sur une causa qui la précède* » ; en droit romain classique, la causa désignait tantôt une cause formelle, tantôt une cause efficiente ; la doctrine moderne a renouvelé le concept de cause efficiente ; dans ce sens, G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse préc. ; P. A. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris II, 1993, n° 12 et s. ; la cause formelle a été réactualisée, sous le couvert d'une cause typique du contrat ; dans ce sens, J. ROCHFELD, thèse préc., n° 259.

<sup>1172</sup> La cause subjective est la raison déterminante pour laquelle une ou les parties ont conclu le contrat de cautionnement, raison qui, pour être prise en considération, doit être entrée dans le champ contractuel, autrement dit, elle doit avoir été admise comme un élément du contrat constituant la cause ; en réalité, en s'engageant, le créancier sait qu'il va poursuivre la caution pour obtenir paiement de la créance ; en revanche, ce qui détermine la caution, c'est la possibilité de pouvoir agir contre le débiteur principal ; sur la cause de l'engagement de la caution : Cass. com., 8 nov. 1972, Epoux Lempereur et Com., 9 avr. 1973, D. 1973, p. 753, note Ph. MALAURIE ; cette solution est réitérée par com., 3 mai 2006, *RD bancaire et fin.*, 2006, n° 129, obs. D. LEGEAIS : les juges considèrent que le cautionnement a une cause dès lors que le créancier consent un avantage au débiteur principal. Mais dans l'hypothèse de la finalité du cautionnement, c'est la cause fonction qui est envisagée.

cadre du droit uniforme issu de l'OHADA. En conséquence, à condition qu'on précise la cause-fonction de l'engagement de la caution, elle peut se révéler d'une grande utilité.

**626.** En s'appuyant sur la dialectique des postulats d'« utilité », de « justice contractuelle »<sup>1173</sup> et de déontologie législative, la rigueur de l'engagement de la caution, les conditions et la mesure de sa force obligatoire doivent être ajustées, le cas échéant, restreintes à ce qui lui suffit pour remplir sa fonction de sûreté dans le cadre des procédures collectives du débiteur défaillant. En réalité, M. Poulet, à la suite de Hébraud et Hauser<sup>1174</sup>, a perçu la cause de la garantie personnelle comme composée d'éléments objectifs et subjectifs. Cette cause est « *le lien entre, d'une part, la cause fonction présente dans la volonté des parties, et, d'autre part, la cause matérielle nécessaire à la réalisation de leur prévision* »<sup>1175</sup>. Déjà, dans la pensée des rédacteurs du Code civil de 1804, les solutions issues des articles 2012, 2013 et 2036 dérivait naturellement de la définition préalable du cautionnement comme une garantie d'exécution de la créance<sup>1176</sup>.

**627. Le renouveau de la cause !** La procédure de liquidation des biens devrait donc être une procédure d'exécution collective correspondant à une phase appropriée de mise en œuvre de la garantie. Des auteurs, à savoir Duranton, Ponsot, Guillouard, ont à leur manière, analysé le caractère accessoire sur le plan de la fin typique du contrat de cautionnement axée sur la garantie du paiement d'une créance<sup>1177</sup>. Cette solution a été reformulée par M. Grimaud qui concède à la typicité du contrat de cautionnement inscrite dans une cause qui lui attribue sa fonction, autrement dit, la garantie au créancier de l'obtention à l'échéance de la valeur économique de sa créance en cas de défaillance du débiteur<sup>1178</sup>. M. Grimaud soutient dans ce sens que « *la théorie*

---

<sup>1173</sup> J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *APD*, 1981, p. 35 et s. ; J. HUET, « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *Petites affiches*, 10 nov. 1995, n° 135, p. 8 et s. ; Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », art. préc., p. 441 et s.

<sup>1174</sup> P. HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *Mélanges MAURY*, tome II, Sirey, Paris, 1960, p. 420 et s. ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, préface P. RAYNAUD, LGDJ, 1971.

<sup>1175</sup> Y. POULET, art. préc., p. 409 ; du même auteur, *L'abstraction de la garantie bancaire automatique*, thèse Louvain la Neuve, 1982 ; idée reprise par A. PRÜM, thèse préc., n° 117.

<sup>1176</sup> P. A. FENET, *op. cit.*, p. 38 et 77, où le Tribun Lahary a affirmé à propos que « *le cautionnement ayant pour objet de garantir l'obligation principale, il n'est et ne peut être que l'accessoire de cette obligation ; que par conséquent l'on doit les juger l'un et l'autre par les mêmes principes dans tout ce qui est relatif à leur existence, à leur validité, à leur étendue, à leur durée, à leur extinction, parce que ce sont là autant de caractères qui leur sont communs* ».

<sup>1177</sup> M. DURANTON, *op. cit.*, 1834, n° 302 : « *Mais puisque le cautionnement est la garantie de l'exécution d'une obligation, un accessoire par conséquent (...)* » ; D. A. PONSOT, *Traité du cautionnement en matière civile et commerciale*, Paris, Guilbert, Librairie éditeur, G. Thorel, librairie, 1844, n° 17 : « *Enfin, c'est un contrat accessoire par sa nature, puisqu'il n'a d'autre but que de garantir l'exécution d'une autre obligation à laquelle il se rattache* » ; L. GUILLOUARD, *op. cit.*, n° 12 : « *Le cautionnement est, avons-nous dit, un contrat accessoire : il n'a d'autre but que d'assurer l'exécution du contrat principal auquel il se rattache* ».

<sup>1178</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 480.

de l'accessoire porte l'empreinte de cette finalité typique »<sup>1179</sup>. Le droit de l'OHADA est dans ce sens lorsqu'il définit à l'article 2 AUS, la sûreté personnelle comme un engagement par lequel une personne s'oblige à payer la dette du débiteur si celui-ci est défaillant en permettant à l'article 21 AUS à la caution d'exercer une action en remboursement. Cependant, si la défaillance se conçoit à l'état pur comme le non-paiement de la dette arrivée à échéance, cette conception peut être nuancée, mieux abandonnée dans le cadre des procédures collectives. Dans cette hypothèse, se mêle une part d'artifice à la fiction juridique dans la logique du législateur tendant à faire croire que pour le débiteur, il faut déplacer l'exigibilité de la créance pour l'encourager et sauver son activité, en exigeant, au contraire, paiement à la caution, sans se rendre compte de la dichotomie créée dans le raisonnement juridique et de l'incidence de cette politique législative sur le lien qui unit l'accessoire au principal.

**628.** Il s'ensuit que la défaillance définitive du débiteur manifestée par la liquidation des biens devrait justifier plus en équité le rôle essentiel, cette « *utilité, le complément du principal* » qu'« *est la cause de l'accessoire* » décrite par Goubeaux<sup>1180</sup>. A cet égard, la mise en œuvre du cautionnement dans la procédure de liquidation des biens peut mieux correspondre à la procédure collective de paiement des dettes du débiteur dans la mesure où « *l'obligation de la caution est de soi restreinte à ce qui suffit au but visé, la garantie d'une créance* ». Elle peut également expliquer que « *le but du cautionnement fait de l'obligation de la caution, un engagement accessoire destiné à garantir la dette d'autrui* »<sup>1181</sup> avec espoir de se retourner contre le débiteur principal.

**629.** Cette dialectique contractuelle était bien respectée lorsque la défaillance du débiteur entraînait la faillite et le paiement immédiat des créanciers sans souci de sauvetage de l'entreprise ou du débiteur défaillant. Depuis, la matière a évolué et le législateur, en transformant le droit de la faillite en droit des procédures collectives du débiteur dans le souci de sauvegarder l'emploi et l'économie, a perdu le repère de la déontologie contractuelle<sup>1182</sup> et a

---

<sup>1179</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 480, où l'auteur affirme que « *la théorie de l'accessoire porte l'empreinte de cette finalité typique. Elle contribue à la réaliser, en fournissant un procédé technique d'adaptation, d'ajustement, ou de restriction, de l'engagement pris par la caution à ce qui lui est strictement nécessaire pour remplir la fonction de contrat de garantie* ».

<sup>1180</sup> G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse préc., n° 42, 43 et 46.

<sup>1181</sup> G. SCYBOZ, *op. cit.*, g IV, p. 47.

<sup>1182</sup> Les diverses atteintes portées au caractère accessoire du cautionnement conduisant la caution à payer seule, ou plus tôt, ou encore davantage que le débiteur lui-même sans pouvoir agir directement contre ce dernier. Ces solutions « *présument conformes et la disposition dérogatoire contraire aux principes de la bonne législation* ». dans ce sens, voir G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie générale du droit civil*, Paris, Les cours de droit civil, 1970-1971, p. 213 ; Ch. ATIAS, *Philosophie du droit, op. cit.*, p. 281 ; L. ROBINE, *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, préface J. BONNECASE, thèse Bordeaux, 1933.

rendu la situation des partenaires dans l'opération de cautionnement assez délicate à analyser. La procédure de la liquidation des biens doit être regardée désormais comme le point de conciliation entre la finalité de la garantie et son caractère accessoire. Dès lors que la créance n'est pas encore éteinte, le créancier peut légitimement et directement poursuivre la caution, même s'il renonce de mettre le débiteur principal en cause, mieux, dès lors qu'il a fait déclaration de sa créance au passif du débiteur principal. En conséquence, l'insolvabilité de la caution tenue de payer le créancier peut se justifier et conduire à une extension de la procédure à son encontre.

## **B - L'extension de la procédure à la caution déclarée en cessation des paiements**

**630. La poursuite de l'associé caution tenu solidairement du passif social.** Selon M. Sawadogo, les garanties personnelles ont une importance avérée dans les procédures collectives en raison des dispositions spécifiques que l'Acte uniforme consacre aux cautions et coobligés<sup>1183</sup>. De ce fait, le créancier dans la masse qui a en face de lui une ou plusieurs cautions ou coobligés *in bonis* ou solvables, bénéficie d'une position plus favorable qu'un créancier muni de sûretés réelles en ce sens que le créancier garanti par la caution peut produire le montant total de sa créance dans le redressement judiciaire ou la liquidation des biens du débiteur et demander paiement intégral à la caution<sup>1184</sup>. De plus, dans l'hypothèse où la caution est déclarée en cessation des paiements et qu'une procédure collective est ouverte à son encontre le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par la caution peut produire dans toutes les masses pour le montant intégral de sa créance et participer aux distributions jusqu'à parfait paiement s'il n'avait reçu aucun paiement partiel avant la cessation des paiements de la caution. Cependant, certains auteurs à savoir M. Anoukaha, Foli et autres reconnaissent qu'en cas de paiement partiel préalable, il n'est compris dans la masse que sous déduction du montant de l'acompte perçu et conserve, sur ce qui lui reste dû, ses droits contre la caution<sup>1185</sup>.

**631.** Or, la procédure collective peut atteindre l'associé caution tenu solidairement ou indéfiniment des dettes sociales. Seront concernés les associés en nom collectif responsables du passif social de leur société déclarée en faillite ou signataires du même effet de commerce. Dans cette hypothèse, le jugement qui ouvre le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une société en nom collectif produit ses effets à l'égard de chacun de ses associés à raison de leur obligation indéfinie et solidaire au passif social, mieux, l'ouverture d'une procédure

---

<sup>1183</sup> Articles 91 et 92 AUPC.

<sup>1184</sup> F. M. SAWADOGO, *OHADA. Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 271.

<sup>1185</sup> F. ANOUKAHA et autres, *OHADA. Sûretés*, op. cit., n° 76-1 et s.

collective à l'encontre d'une société en nom collectif emporte nécessairement l'ouverture d'une procédure collective distincte à l'encontre de chacun des associés en nom. L'article 33, alinéa 3, de l'AUPC prévoit dans ce sens que « *la décision qui constate la cessation des paiements d'une personne morale produit ses effets à l'égard de tous les membres indéfiniment et solidairement responsables du passif de celle-ci et prononce, contre chacun d'eux, soit le redressement judiciaire, soit la liquidation des biens* ». Cette procédure « par ricochet » qui affecte l'associé, qui peut également être à la fois une caution, est une conséquence nécessaire parfois automatique<sup>1186</sup> de la procédure qui frappe la société<sup>1187</sup>.

**632.** Aussi, les modalités du droit de poursuite d'un créancier social à l'encontre d'un associé caution d'une société en nom collectif soumise à une procédure collective ne devraient-elles pas avoir à être précisées<sup>1188</sup>. Néanmoins, lorsqu'une société en nom collectif est soumise à une procédure de liquidation des biens, le seul recours que conservent les créanciers sociaux s'exerce sous la forme d'une déclaration de la totalité de leur créance dans chacune des procédures ouvertes contre les associés cautions<sup>1189</sup>. Il faut convenir avec MM. Sawadogo et Anoukaha que le créancier jouit donc d'une grande protection lorsque l'associé tenu solidairement est également caution en ce sens que le patrimoine de ces associés est appréhendé par la procédure de liquidation des biens dans les mêmes conditions que celui des débiteurs dès l'ouverture de la procédure de liquidation des biens contre la personne morale<sup>1190</sup>. Le créancier retrouve son droit

<sup>1186</sup> F. PEROCHON et R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 422 ; Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 23 janv. 2002, *Bull. Joly*, 01 mai 2002, n° 5, p. 640 et s. ; F. X. LUCAS, « L'obligation de l'associé tenu du passif social est une obligation de garantie qui naît en même temps que la dette de la société », note sous, Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 23 janv. 2002, préc.

<sup>1187</sup> L'article 31, alinéa 2 AUPC dispose que l'ouverture d'une procédure collective peut également être demandée contre un associé indéfiniment et solidairement responsable du passif social. De même, l'article 181 du même Acte uniforme précise que « *les associés indéfiniment et solidairement responsables du passif, s'ils ne sont pas dirigeants, sont soumis aux procédures collectives conformément aux articles 31 et 33 ci-dessus* ».

<sup>1188</sup> Sur la question des conditions d'exercice de ces poursuites, Cass. com., 25 avr. 1989, *Bull. Joly*, 1989, p. 534, g 195. Dans le même sens, Com., 19 déc. 2006, *Lamy droit des affaires*, mars 2007, p. 21 : « *lorsque la société en nom collectif a été mise en redressement ou liquidation judiciaire avant l'engagement des poursuites contre les associés en nom, la déclaration de créance, qui vaut mise en demeure, rend inutile la délivrance d'une mise en demeure par acte extrajudiciaire à cette même société* » ; A. CERTI-GAUTHIER, « Mise en demeure des associés d'une société en nom collectif en procédure collective », note sous Cass. com., 19 déc. 2006, *Lamy droit des affaires*, mars 2007, p. 21 et s. ; Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, *D. 2007*, AJ, p. 1414, obs. A. LIENHARD.

<sup>1189</sup> En vertu de la théorie de la coobligation : F. X. LUCAS, « Poursuite de l'associé d'une société en nom collectif soumise à une procédure collective », note sous cass. com., 9 janv. 2001, *Banque et Droit*, juill. 2001, p. 53, obs. I. RIASSETTO ; *Bull. Joly*, avril 2001, n° 4, p. 365 et s. ; Versailles, 7 sept. 2000, *Bull. Joly*, déc. 2000, n° 12, p. 1176 et s., note F.-X. LUCAS, « Méconnaissance par la cour d'appel de Versailles de la coutume qui invite à différer la contribution aux pertes au jour de la liquidation de la société » ; M. ROCCA, « L'obligation au paiement des dettes sociales des associés des sociétés civiles de droit commun et de construction-vente », *Petites affiches*, 18 mai 1998, p. 6 ; sur les interactions entre droit des sociétés et droit des procédures collectives, A. CERATI-GAUTHIER, *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, PUAM, 2002 ; sur l'extension de la procédure à l'associé tenu solidairement, Com., 29 nov. 2005, *dr. soc.*, avr. 2006, n° 21, obs. J.-P. LEGROS.

<sup>1190</sup> F. M. SAWADOGO, Commentaires sous l'article 181 AUPC. ; F. X. LUCAS, « Les associés et la procédure collective », *Petites affiches*, 9 janv. 2002, n° 7, p. 7 ; F. ANOUKAHA, A. Cisse-Niang, M. FOLI, J. ISSA-SAYEGH, M. Y. NDIAYE et M. SAMB, *OHADA. Sûretés, op. cit.*, n° 76-1 et s.

d'agir contre la caution en cessation des paiements et faisant l'objet d'une procédure collective de paiement. Cette protection peut également être observée au niveau de l'extension de la procédure au dirigeant caution de la personne morale.

**633. L'extension de la procédure de liquidation de biens au dirigeant caution de la personne morale.** La procédure collective peut être étendue au dirigeant qui peut également être caution de la personne morale soumise à la procédure judiciaire. Il en va ainsi, d'abord, de l'extension de la liquidation des biens au dirigeant de droit<sup>1191</sup> ou de fait<sup>1192</sup>, personne physique ou personne morale, qui peut être également caution lorsqu'il a fait l'objet d'une action en comblement du passif et qu'il ne s'est pas acquitté du passif mis à sa charge<sup>1193</sup>. Cette solution issue de la loi française de 1940, remplacée par celle du 16 novembre de la même année, perfectionnée par une autre du 13 juillet 1967 puis réformée par la loi du 25 janvier 1985, a été

<sup>1191</sup> J.-F. VALBRAY, « Le cautionnement des dirigeants et la faillite de l'entreprise », *Petites affiches* 1994, n° 110, p. 73 ; D. MARTIN, « Les membres du conseil de surveillance sont-ils des dirigeants sociaux au sens de la loi du 25 janvier 1985 ? », *Gaz. Pal.* 1991, I, doct. 24 ; C. MASCALA, « Le comportement fautif du chef d'entreprise : de la sanction à la réparation », *Lamy droit des affaires*, mars 2005, suppl. n° 80, p. 71 ; Th. MONTERAN, « Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005 », *Gaz. Pal.* 9-10 sept. 2005, n° spéc., p. 37 ; sont dirigeants de droit, les organes statutaires de direction. Il s'agira des gérants de société à gérance, des présidents du conseil d'administration et administrateurs de sociétés anonymes (Com., 28 janv. 2004, n° 02-16. 774 ; Com., 10 mars 2004, n° 01-03. 004), des présidents et membres du directoire des sociétés à directoire, ainsi que des directeurs généraux. Cette dernière solution a été déjà posée sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 (Com., 3 mars 1981, *JCP CI* 1982, I, 10827, obs. M. CABRILLAC et M. VIVANT ; *RTD com.* 1982, p. 446, obs. Ph. MERLE ; *JCP G* 1982, II, 19754, obs. G. NOTTE) ; sont également des dirigeants de droit, les liquidateurs amiables ou encore les administrateurs provisoires, solution posée en jurisprudence sous les législations antérieures: Trib. com. Lyon, 2 juill. 1959, *RTD com.* 1959, p. 757, obs. HOUIN ; B. SOINNE, *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 2551.

<sup>1192</sup> G. NOTTE, « La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives », *JCP CI* 1980, I, 8560 ; Ph. DELEBECQUE, « L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir », *JCP E* 2005, comm. 234, p. 220 ; le dirigeant de fait est la personne qui exerce, directement ou par personne interposée, une activité positive et indépendante d'administration générale de la personne morale, Com., 26 juin 2001, *Act. proc. coll.*, 2001/15, n° 201 ; B. FEUGERE, « Le dirigeant d'une personne morale cité devant le tribunal de commerce pour comblement de passif », *RJ com.* 1999, p. 333 et s. ; J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au regard de la loi de 1967 », *D.* 1975, chron. p. 41 ; J.-P. REMERY, « La notion de dirigeant de fait » *RJDA*, 1999/11, p. 945 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La responsabilité patrimoniale des dirigeants de sociétés en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2001, p. 145 ; les dirigeants condamnés, même à titre d'appel en garantie, ne sont pas recevables à agir en sanctions pécuniaires contre d'autres dirigeants : Com., 6 juin 1995, *Bull. civ.* IV, n° 168 ; *Bull. Joly* 1995, 986, note P. LE CANNU ; *JCP G* 1996, I, 3896, n° 20, obs. P. PETEL ; *Rev. proc. coll.* 1996, 399, n° 1 ; Com., 5 mai 2004, *D.* 2004, AJ, p. 1596 et jur. p. 1796, note J.-L. VALLENS et somm. com. p. 2145, obs. C. HENRY ; *Act. proc. coll.* 2004/12, n° 156, obs. J.-Ph. DOM ; *JCP E* 2004, 1249, p. 1350, note S. REIFEGERSTE ; *RTD com.* 2004, p. 601, n° 7, obs. C. MASCALA ; *Bull. Joly* 2004/11, p. 1349, g 268, note M.-H. MONSIEURIE-BON ; *Rev. sociétés* 2004/3, p. 715, note P.-M. LE CORRE.

<sup>1193</sup> Y. CHAPUT, *op. cit.*, n° 617 et 618 ; Y. GUYON, *op. cit.*, n° 1372 et s. ; RIPERT et ROBLOT, *op. cit.* n° 3282 et s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 1084 et s. ; B. SOINNE, *op. cit.*, n° 2581 et s. ; BOURRIE-QUILLET, « La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif, pratique judiciaire », *JCP G* 1998, I, 112 et *JCP E* 1998, p. 455 ; J. CALVO, « L'action en comblement de passif et la notion de faute de gestion », *Petites affiches*, 27 mai 1998, p. 13 ; Y. COLIN, « La responsabilité pécuniaire du dirigeant d'entreprise en cas de faillite », *dr. soc.*, 1998, chron. 5 ; J.-J. DAIGRE, « De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun au dirigeant d'une société en redressement ou liquidation judiciaire », *Rev. sociétés*, 1988, 199 ; C. ALARY-HOUIN, « La responsabilité patrimoniale de dirigeants de sociétés en difficulté », colloque Toulouse, 17 janv. 2000, *JCP E* 2001, *cah. dr. entr.* n° 3, p. 30 ; F. ZENATI, « Le produit de l'action en comblement de passif et la masse des créanciers », *D.* 1983, chron. p. 213.

reformulée par l'article 183 de l'AUPC. D'après ce texte, lorsque la procédure collective d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider, à la requête du syndic ou même d'office, que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux. Le prononcé de cette sanction n'est pas automatique mais implique la réunion d'une faute, d'un lien de causalité et d'un dommage<sup>1194</sup>.

**634.** De plus, aux termes de l'article 189 de l'AUPC, la procédure peut être étendue à tout dirigeant d'une personne morale sous procédure collective en raison de ses comportements gravement répréhensibles. Dans ces deux hypothèses, le dirigeant caution à qui la procédure judiciaire est étendue est soumis à toutes les règles et à tous les impératifs de la procédure. En conséquence, dans le cadre de la liquidation de biens, parce que l'action des créanciers ne peut être suspendue, le dirigeant caution sera tenu en tout ou en partie du passif social sur son propre patrimoine. Néanmoins, l'extension de la procédure entraîne un concours entre le créancier cautionné et les créanciers de l'entreprise sur le patrimoine de la personne morale sur le patrimoine du dirigeant ayant fait l'objet d'une action en comblement du passif. Du reste, ce concours sera limité au passif mis à la charge du dirigeant tandis que le créancier bénéficiaire d'un cautionnement de tous engagements du débiteur obtiendra complet paiement de la part du dirigeant caution.

**635.** Enfin, une autre hypothèse de poursuite de la caution dirigeante défailiante concerne le recours du certificateur de caution. En réalité, aux termes de l'article 11 AUS, celui-ci intervient pour garantir à l'égard du créancier principal, la défaillance de la caution de premier rang et non du débiteur principal<sup>1195</sup>. Dès lors, le certificateur qui a désintéressé le créancier dispose d'un recours après paiement à l'encontre de la caution de premier rang d'autant plus que c'est l'obligation de cette dernière qui tient lieu d'obligation principale à son égard. Or, la caution dispose en cas de la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif d'un recours contre le

---

<sup>1194</sup> Dès lors qu'aucune faute de gestion n'est démontrée, la seule importance de l'insuffisance d'actif de la personne morale débitrice sera insuffisante pour entraîner condamnation à comblement le passif, Cass. com., 19 janv. 1993, *RJDA*, 1993, n° 660 ; il n'est pas possible de transiger sur une condamnation à comblement le passif prononcée par une juridiction, Com., 5 nov. 2003, *D.* 2003, AJ, 2831 ; *JCP E* 2004, chron. 783, p. 857, n° 5, obs. Ph. PETEL et jur. 1058, p. 1154, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *Rev. proc. coll.* 2004, p. 271, n° 11, obs. M.-P. DUMONT ; *Bull. Joly* 2004/2, p. 205, g 30, note Ch. BOILLOT.

<sup>1195</sup> Aux termes de l'article 11 AUS, « la caution peut, elle-même, se faire cautionner par un certificateur désigner comme tel dans le contrat ». Il s'agit d'un acte par lequel une personne, le certificateur, se rend caution d'une autre caution ; c'est un cautionnement au second degré qui donne au créancier deux cautions. La première caution garantit l'obligation du débiteur principal. La seconde caution sera poursuivie par le créancier en cas de défaillance de la première. Sur la question, F. ANOUKAHA et autres, *OHADA. Sûretés, op. cit.*, n° 37 et s.

débiteur. Dès lors, le certificateur de caution ayant payé le créancier disposera également de ce recours contre le dirigeant caution de premier rang en cessation de paiements, alors débiteur de l'obligation garantie par le certificateur.

**636. L'illusion d'une responsabilité limitée pour l'associé unique.** Il ne fait aucun doute que la liquidation des biens entraîne la dissolution de la société défaillante. Or, la constitution d'une personne morale a l'avantage de limiter la responsabilité du ou des associés suivant la forme sociétaire retenue. A cet égard, une SARL peut être constituée par une ou plusieurs personnes physiques ou morales<sup>1196</sup>. L'article 200, 6°, AUSCGIE prévoit que la société prend fin par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation des biens de la société. Dans l'hypothèse d'une société unipersonnelle, l'associé unique limite en principe sa responsabilité et protège ses biens personnels et familiaux contre le droit de poursuite des créanciers sociaux<sup>1197</sup>. Seulement, cette autonomie patrimoniale et cette responsabilité limitée sont souvent regardées ou dénoncées comme étant une illusion<sup>1198</sup> lorsque le ou les associés se portent caution des dettes sociales envers les établissements de crédit. En fait, « *l'engagement de caution fait fondre immédiatement le fusible de la responsabilité limitée* » et de surcroît a pour conséquence de rendre l'associé caution responsable des dettes sur l'ensemble de son patrimoine suivant l'étendue de l'obligation souscrite<sup>1199</sup>. En principe, si la caution peut être poursuivie, elle peut reprendre ses propres poursuites contre le débiteur principal. Dans cette hypothèse, l'associé unique cumule cette double qualité. Il s'ensuit que le créancier peut de toutes les manières récupérer sa créance à ce stade de la procédure contre la caution quelle que soit sa qualité.

**637. Conclusion de la section 1** - La mise en liquidation des biens du débiteur principal justifie la mise en œuvre de la garantie et est révélatrice de la nature réelle du cautionnement. Le créancier retrouve la plénitude de son action contre le débiteur défaillant et peut mettre d'ailleurs conjointement en cause le débiteur et la caution, signe palpable de la compatibilité du cautionnement avec la procédure de liquidation des biens. La reprise des poursuites individuelles contre le débiteur principal, en sauvegardant les actions du créancier contre le débiteur principal,

---

<sup>1196</sup> Article 309 AUSCGIE.

<sup>1197</sup> J.-J. DAIGRE, « De l'utilité de l'EURL », in « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », Journée d'Etude de l'institut de droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 18 fév. 1986, *JCP E*, II, 14756, p. 506 ; P. SERLOOTE, « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », *D.* 1985, chron. 187 ; D. RANDOUX, « Une société très spécifique : l'EURL », *JCP N* 1985, I, p. 361, note 49.

<sup>1198</sup> J. J. DAIGRE, art. préc., p. 507 ; M.-A. DUPUIS-FLANDIN, « La protection de l'exploitant individuel dans les EURL et les EARL, mythe ou réalité ? », *Petites affiches*, 20 mai 1988, p. 13, n° 14.

<sup>1199</sup> J.-Cl. HALLOUIN, « La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 et l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », *D.* 1986, Act. lég., n° 10, p. 73 ; Com., 8 juin 1993, *Dr. soc.*, 1993, n° 164, note Th. BONNEAU ; *JCP G* 1993, II, 22174, note GINESTET ; *Bull. Joly*, 1993, 911, g 265, note M. JEANTIN ; *JCP E* 1994, II, 525, note LECENE-MARENAUD ; Com., 28 juin 1994, *Dr. soc.* 1994, 155, note Y. CHAPUT.

sauvegarde également les recours de la caution contre le débiteur, en assurant ainsi l'équilibre des relations à l'intérieur de l'opération du cautionnement et, par voie de conséquence, la compatibilité des actions de la caution avec la procédure de liquidation des biens.

## **Section 2 - La compatibilité de la liquidation des biens avec les actions en remboursement de la caution**

**638. L'action en remboursement : l'espoir exclusif de la caution.** La conciliation du droit du cautionnement avec celui des procédures collectives est avérée par la sauvegarde des recours en remboursement de la caution. La reprise des poursuites individuelles contre le débiteur à la clôture de la procédure collective, sans aucune autre précision, ni exclusion de la part du législateur, permet d'affirmer que la caution aussi peut exercer ses recours contre le débiteur. La possibilité d'exercice des recours de la caution contre le débiteur principal est donc compatible avec la conception classique du cautionnement transfiguré dans « l'îlot juridique » des procédures de prévention et de redressement judiciaires du débiteur. La renaissance des actions de la caution contre le débiteur, « cet espoir exclusif de la caution », lui permet de sortir indemne de l'opération de garantie. Ceci constitue un facteur d'équilibre et d'efficacité objective du cautionnement à plus d'un titre. D'une part, les recours présentent un caractère comminatoire à l'égard du débiteur principal qui peut être incité à éteindre lui-même sa dette. D'autre part, ils favorisent l'exécution volontaire de la caution puisque cette dernière sait qu'elle dispose des moyens juridiques à mettre en œuvre pour ne pas supporter définitivement le poids de son paiement.

**639.** En effet, l'une des caractéristiques essentielles reconnues aux sûretés personnelles réside dans le fait que le garant ne contribue pas à la dette : s'engageant seulement pour garantir la dette d'autrui, il doit avoir un recours contre le débiteur principal<sup>1200</sup>. Ce qui est vrai pour toutes les sûretés personnelles, l'est *a fortiori* encore plus pour le cautionnement qui en constitue l'archétype, « *la plus accessoire de toutes sûretés* »<sup>1201</sup>. De ce fait, il faut bien tenir compte de l'incidence de la procédure collective dans les hypothèses où, si on ne le faisait pas, cela avait pour conséquence de priver le garant du ou des recours qu'il pouvait légitimement penser pouvoir exercer. Or, justement, dans la procédure de la liquidation des biens ouverte contre le débiteur défaillant, toutes les actions individuelles sont reprises y compris celles des cautions. Il

---

<sup>1200</sup> P. CROCQ, art. préc., p. 175.

<sup>1201</sup> C. GINESTET, art. préc., n° 4, article 36940, 205.

en résulte que les recours de la caution peuvent être exercés à titre préventif, *a priori*, avant paiement (Paragraphe 1) ou *a posteriori*, après paiement (Paragraphe 2).

## **Paragraphe 1 - La sauvegarde du recours avant paiement de la caution**

**640. Le recours anticipé de la caution contre le débiteur principal: la grâce du droit<sup>1202</sup>.** La caution est un débiteur accessoire tenue à la dette d'autrui. Dans l'esprit de l'institution, elle ne doit pas supporter définitivement le poids de la dette. Pour cette la raison elle peut recourir en remboursement contre le débiteur. Normalement le remboursement postule un paiement préalable. *A priori*, le recours de la caution devrait intervenir après paiement; cependant, l'Acte uniforme autorise de manière exceptionnelle, à l'image du droit français, un recours de la caution avant paiement. Cette possibilité d'action préventive peut être regardée comme une « grâce de la loi » qui permet à la caution de se prémunir contre les risques liés à l'ouverture de la procédure collective. A cet égard, le fondement et l'objet de ce recours sont étrangers à l'action personnelle après paiement dans la mesure où ce recours a un objet distinct de celui du créancier dans la procédure du débiteur défaillant. En raison de son importance dans le droit du cautionnement confrontée aux règles du droit des procédures collectives, la nature juridique (A) et la portée de l'action avant paiement méritent d'être étudiées (B).

### **A - La nature du recours de la caution avant paiement**

**641. Un appel en garantie avant paiement.** Lorsque la caution est poursuivie en justice pour le paiement de la dette cautionnée, le recours anticipé prendra la forme d'un appel en garantie<sup>1203</sup>. Le recours avant paiement a pour support l'article 24 de l'AUS qui l'énonce de façon limitative<sup>1204</sup>. D'une manière ordinaire, la caution peut agir contre le débiteur principal ou demander la conservation de ses droits dans le patrimoine de celui-ci avant même d'avoir payé le

---

<sup>1202</sup> Ch. ATIAS, « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz, 1999, p. 339 et s.

<sup>1203</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> fév. 1977, *Bull. civ. IV*, n° 33; cass. com., 21 janv. 2003, *Bull. civ. IV*, n° 8.

<sup>1204</sup> Aux termes de l'article 24 AUS, « la caution peut agir en paiement contre le débiteur principal ou demander la conservation de ses droits dans le patrimoine de celui-ci, avant même d'avoir payé le créancier :- dès qu'elle est poursuivie », ce qui laisse présumer que le débiteur principal a manqué à ses engagements ; - « lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements ou en déconfiture », une telle situation laisse présager que le débiteur est insolvable ou ne peut plus payer, ce qui est un cas de déchéance du terme ; - « lorsque le débiteur ne l'a pas déchargée dans le délai convenu », il en est ainsi même si cette décharge devait intervenir avant la date d'échéance de la garantie ; - « lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée », dans cette hypothèse, sauf à produire la décharge ou la quittance, le créancier est supposé n'avoir pas payé, ce qui justifie l'action immédiate de la caution. Sur la question, voir F. ANOUKAHA et autres, *OHADA. Sûretés, op. cit.*, n° 84.

créancier<sup>1205</sup>. Parmi les cas visés par ce texte, est envisagé celui du débiteur en cessation des paiements ou en déconfiture. Or, dans l'hypothèse de la cessation des paiements suivie du redressement judiciaire, cette autorisation légale a été écartée puisque toutes les actions individuelles sont suspendues. Il s'ensuit que cette possibilité d'action préventive reconnue à la caution contre le débiteur en cessation des paiements ne peut être envisagée qu'en cas d'une situation irrémédiablement compromise, confirmant, encore une fois l'idée de compatibilité et de conciliation. C'est *a priori* une curiosité mais elle est pleine de sagesse grâce à son aspect préventif<sup>1206</sup>. L'action préventive reconnue à la caution repose sur l'idée que selon toute probabilité, la caution va être obligée de payer car, la situation d'insolvabilité du débiteur est en voie de se réaliser ou est avérée. En conséquence, en se retournant contre le débiteur avant tout paiement l'exercice du recours anticipé évite que la situation de la caution ne s'aggrave, que son remboursement ne soit compromis<sup>1207</sup>.

**642. Un recours au fondement discuté.** Le fondement de ce recours cadre très mal avec le droit des procédures collectives et plus spécialement avec les règles de l'arrêt des poursuites individuelles ou de l'arrêt des voies d'exécution ou, encore, de l'arrêt de la réalisation des sûretés. Par exemple, la caution ne peut pas obtenir la condamnation du débiteur en présence d'un prêt débloqué avant l'ouverture de la procédure qui fait naître pour la totalité une créance de remboursement antérieure audit jugement<sup>1208</sup>. Par contre, l'action accordée à la caution peut trouver son fondement dans l'idée de prévention et d'équité<sup>1209</sup>. Mesure de prévention, d'abord, en ce qu'elle autorise la caution à prendre l'initiative dès qu'elle a acquis la certitude de payer à l'échéance à la place du débiteur défaillant ; mesure d'équité, ensuite, d'autant plus qu'elle permet de sauvegarder ses intérêts en produisant à la procédure du débiteur. Cette idée rejoint celle de Baudry-Lacantinerie et Wahl pour qui, lorsque la caution a la certitude d'être obligée de payer à l'échéance et si elle était forcée d'attendre le terme pour exercer son recours, il serait

<sup>1205</sup> Sur la pratique de mesure conservatoire, Com., 1<sup>er</sup> fév. 1977, *Bull. civ.* IV, n° 33.

<sup>1206</sup> F. ANOUKAHA et autres, *op. cit.*, n° 84 et s. La généralité des termes sous-entend que toutes les cautions peuvent mettre en œuvre un tel recours, peu importe les caractéristiques du contrat de cautionnement; ces auteurs font remarquer que ce recours appartient à toute caution, simple ou solidaire, personnelle ou réelle, même dans l'hypothèse d'un cautionnement contracté, sans ordre ou à l'insu du débiteur principal. Dans certaines hypothèses, la jurisprudence a toutefois précisé qu'un tel recours devait être écarté, notamment dans la relation entre la caution et la sous-caution : Cass. com., 12 juin 2001, *Banque et Droit*, juill. 2001, p. 42, obs. F. JACOB. Voir également la position des auteurs B. MARTOR et autres, *préc.*, n° 1039.

<sup>1207</sup> En ce sens, P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Dalloz, 1989, n° 309 ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 237 et s. Le risque de non remboursement est accru, d'une part, lorsque l'insolvabilité du débiteur est avérée et que la caution est poursuivie ou est sur le point de l'être, de sorte qu'il y a urgence à mettre en cause le débiteur ; d'autre part, lorsque la caution voit son obligation prolongée au-delà de ce qui était contractuellement prévu ou au-delà d'un délai raisonnable.

<sup>1208</sup> Cass. com., 15 mars 2003, *Gaz. proc. coll.* 2005/2, p. 42, obs. P.-M. LE CORRE.

<sup>1209</sup> Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, *préc.*, n° 628 ; Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, 1<sup>re</sup> éd., PUF, 1988, n° 75 ; Ph. SIMLER, *J.-Cl. civ.* art. 2028 à 2032, fasc. F, n° 91.

trop tard pour qu'elle puisse produire à la faillite, alors le recours qu'elle aurait contre le débiteur ne serait qu'illusoire<sup>1210</sup>.

**643. Les incertitudes relatives à l'objet du recours.** Si les notions de prévention et d'équité semblent justifier le fondement de ce recours préventif, des incertitudes peuvent apparaître relativement à son objet. On peut donc s'interroger sur la nature juridique de ce recours qui est une réelle faveur accordée à la caution qui n'a pourtant encore rien payé.

**644.** Pour certains auteurs, notamment MM. Simler et Delebecque alors défenseurs d'une conception restrictive, le recours anticipé en raison de sa finalité préventive, est essentiellement une action non indemnitaire mais uniquement conservatoire. Elle n'a pas vocation à assurer un paiement au bénéfice de la caution, mais de lui conférer, à titre préventif, une protection lorsqu'elle constate qu'il y a une large possibilité qu'elle soit tenue de payer la somme au débiteur. La caution peut demander qu'on lui accorde diverses mesures qualifiées de « mesures de sauvegarde »<sup>1211</sup> comme une saisie conservatoire, une constitution de garanties, éventuellement une consignation du montant de la dette.

**645.** A l'inverse, pour d'autres auteurs, notamment MM. Cabrillac et Mouly alors défenseurs de la conception large, rien ne s'oppose à ce que le recours avant paiement permette à la caution d'obtenir un véritable remboursement anticipé de sa créance ou une indemnisation d'un préjudice considéré comme actuel<sup>1212</sup>, de participer à une procédure de distribution et percevoir des dividendes<sup>1213</sup> ou, encore, d'invoquer contre le débiteur la compensation<sup>1214</sup>.

<sup>1210</sup> BAUDRY-LACANTINERIE et WHAL, préc., n° 1095.

<sup>1211</sup> Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 219 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd. Defrénois, 2006, n° 166 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 600 ; P. A. SIGALAS, *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, thèse préc., n° 80 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., n° 712-92 ; M. ARTHOZOUL, thèse préc., n° 456 et s. ; E. BROCARD, thèse préc., n° 770. Ch. ALBIGES et M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 160 et s. ; Ch. LACHIEZE, *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, thèse Bordeaux IV, sous la direction de J. HAUSER, 1996, n° 393 à 399.

<sup>1212</sup> M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 239 ; Y. H. FRUGIER, « Le recours anticipé de la caution lui permet-il de percevoir du débiteur principal le montant de la créance cautionnée à titre d'indemnité ? », *Gaz. Pal.* 1971, 2, doct., p. 602. Dans le même sens, J. C. BOULAY, « Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance », art. préc., n° 60 ; M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006, n° 423 ; *adde*, M. ROULAND, *La qualité de la créance*, thèse Paris X-Nanterre, 2007.

<sup>1213</sup> Paris, 2 mars 1971, *Gaz. Pal.* 1971, 2, p. 824 ; Com., 2 fév. 1982, *Bull. civ.* I, n° 55 ; *JCP* 1982, II, 19825, obs. Ph. SIMLER ; Reims, 25 janv. 1989, *Bull. jur. Champagne-Ardenne*, 1990, n° 696, p. 30 ; Com., 2 mars 1993, *D.* 1993, somm. 310, obs. L. AYNES ; *JCP E* 1993, I, 277, n° 12, obs. M. CABRILLAC et 3717, n° 7, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; *RTD com.* 1994, 121, obs. MARTIN-SERF ; *Quot. Jur.*, n° 32, 22 avril 1993, p. 4.

<sup>1214</sup> Cass. com., 5 nov. 1971, *Bull. civ.* IV, n° 264.

**646.** Néanmoins, entre ces deux interprétations, l'objet de l'action anticipée demeure mystérieux car, il serait probablement à la fois conservatoire et indemnitaire<sup>1215</sup>. L'article 24 AUS dispose dans ce sens que « *la caution peut agir en paiement contre le débiteur principal ou demander la conservation de ses droits dans le patrimoine de celui-ci, avant même d'avoir payé le créancier* ». A suivre MM. Anoukaha, Cisse-Niang, Foli, Issa-Sayegh, Ndiaye et Samb, l'objet de ce recours serait double et « *il s'agit d'une véritable action en remboursement anticipé de sa créance* »<sup>1216</sup>. En disposant que « *la caution peut agir en paiement (...) avant même d'avoir payé le créancier* », l'article 24 de l'AUS précité parle d'une action anticipée en paiement alors même qu'il n'y a encore aucun paiement de la part de la caution au créancier. Dès lors MM. Malaurie et Aynès font remarquer qu'admettre que l'objet du recours avant paiement est le paiement de la somme garantie serait injuste (prorogation du terme accordée au débiteur) ou absurde car, si le débiteur peut payer la caution, qu'il paie le créancier<sup>1217</sup>. Dans ces circonstances, il est souhaitable de retenir que le recours anticipé de la caution a une *nature indemnitaire*, consistant à prendre des précautions et destiné à accroître les garanties de la caution, en donnant naissance à une créance propre de la caution sur le débiteur qui ne fait pas double emploi avec la créance du créancier.

**647.** La Cour de cassation française semble être dans ce sens lorsqu'elle décide dans des arrêts du 29 octobre 1991 et du 2 mars 1993 que « *l'action engagée avant paiement par la caution contre le débiteur principal, dans l'un des cas prévus par l'article 2032 du Code civil, se fonde sur une créance personnelle d'indemnité distincte de celle qui appartient au créancier contre le débiteur principal* »<sup>1218</sup>. Cette solution a été reprise par la première chambre civile dans un arrêt du 25 octobre 1994<sup>1219</sup> puis réaffirmée par la chambre commerciale lorsqu'elle affirme que « *la caution tient des dispositions de l'article 2032-2° du Code civil le droit de déclarer au passif du débiteur principal sa créance personnelle d'indemnité avant même d'avoir payé la dette de*

---

<sup>1215</sup> Dans ce sens, Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse préc., n° 22 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, op. cit., n° 583 ; L. AYNES, Ph. DELEBECQUE et P. CROCQ, *Lamy droit des sûretés*, mars 2005, n° 20-78.

<sup>1216</sup> F. ANOUKAHA et autres, *OHADA. Sûretés*, op. cit., n° 85.

<sup>1217</sup> Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., n° 163.

<sup>1218</sup> Cass. com., 29 oct. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 316 ; JCP E 1992, pan. 12 ; *Banque* 1992, p. 211, obs. J. L. RIVELANGE ; *RJDA* 1/1992, n° 87 ; *RTD com.* 1993, p. 178, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E* 1992, I, 168, n° 13, obs. M. CABRILLAC ; *Rev. proc. coll.* 1993, p. 138, n° 5, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. com., 2 mars 1993, préc. ; G. RIPERT et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16<sup>e</sup> éd. 2000, n° 3004 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz-Action, 2006/2007, n° 712-92, p. 1557. M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, 7<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 2007, n° 508, p. 359 et s.

<sup>1219</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 25 oct. 1994, *Bull. civ. I*, n° 305 ; *D.* 1994, 1, p. 255 ; *JCP G* 1994, 2607.

*celui-ci* »<sup>1220</sup>. Cette solution est constante en ce sens qu'un arrêt du 21 janvier 2003 décide que l'action exercée par la caution contre le débiteur avant même d'avoir payé constituait une créance personnelle d'indemnité<sup>1221</sup>. Cette action peut être mise en œuvre même si le débiteur est également poursuivi par le créancier<sup>1222</sup>.

**648.** Que l'objet du recours avant paiement soit entendu de manière restrictive ou large, ce recours diminue le risque pour la caution de ne pas être remboursée après exécution de son obligation. L'efficacité du recours préventif est non seulement protectrice des intérêts de la caution mais aussi de ceux du créancier dans la mesure où, elle est de nature à augmenter les chances d'extinction de la dette principale, extinction qui constitue l'une des expressions de l'efficacité du cautionnement<sup>1223</sup>.

**649.** Cette position permet de considérer le recours avant paiement comme une action en indemnisation, permettant à la caution d'exercer une action en exécution forcée ou de bénéficier de la possibilité d'être payée. A cet égard, cette somme serait acquise à la caution mais devrait être potentiellement reversée au débiteur, s'il était amené à payer ensuite le créancier. Dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, le recours de la caution s'exercera par la déclaration de créance, ce qui pose le problème du remboursement de la caution lorsque le créancier a négligé de produire au passif du débiteur principal. Par conséquent, le recours de la caution risque de se résumer en une déclaration de créance au passif du débiteur par elle-même, laquelle remplace l'action indemnitaire arrêtée par la règle de l'arrêt des poursuites individuelles<sup>1224</sup>.

## **B - La portée du recours de la caution avant paiement**

**650. La limitation du recours à la production de créance.** Aux termes de l'article 91 et suivants de l'AUPC, le recours avant paiement se fait par la production de créance uniquement dans la procédure du débiteur cautionné<sup>1225</sup>. Cependant cette déclaration de créance est

---

<sup>1220</sup> Cass., 17 déc. 1996, *RJDA* 4/1997, n° 549 ; *Gaz. Pal.* 1997, pan. p. 211 ; Com., 3 mars 1998, *D. Aff.* 1998, p. 536, obs. A. LIENHARD.

<sup>1221</sup> Cass. com., 21 janv. 2003, *RD bancaire et fin.* 2003, n° 71, obs. D. LEGEAIS ; *RDC* 2003, 177, obs. D. HOUTCIEFF.

<sup>1222</sup> Cass. com., 21 janv. 2003, préc. ; Ch. ALBIGES et M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 161.

<sup>1223</sup> M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, thèse préc., n° 424.

<sup>1224</sup> Cass. com., 5 nov. 2003, *Act. proc. coll.* 2003/20, n° 259 ; Com., 12 oct. 2004, n° 03-13. 855.

<sup>1225</sup> Cette déclaration ne peut se faire dans la procédure d'un codébiteur non cautionné : Com., 27 nov. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 277 ; elle ne peut se faire avant la procédure collective d'une autre caution, ou encore ne peut être dirigée contre un cofidélisateur : Com., 24 mars 1980, *Bull. civ.* IV, n° 141 ; Com., 3 mars 1981, *Bull. civ.* IV, n° 117.

obligatoire si la caution veut exercer son recours avant paiement alors que le débiteur est déjà en liquidation des biens<sup>1226</sup>. A vrai dire, le recours anticipé est conçu comme une simple faculté pour la caution. Mais l'histoire du droit de la faillite héritée par nombre d'Etats parties au Traité de l'OHADA a montré que cette action était devenue une véritable obligation pour la caution. La jurisprudence française faisait de l'article 2032 du Code civil de 1804 une interprétation *a contrario* de sorte que par le défaut de production la caution qui se trouvait forclosée, n'en demeurerait pas moins tenue d'exécuter son obligation sans espoir de récupérer un jour les sommes qu'elle avait dues verser, dès l'instant où elle était privée de toute chance de participer à la procédure de distribution<sup>1227</sup>.

**651.** Ce recours conçu à l'origine au profit de la caution se retournait contre elle car, mettant à sa charge une obligation qui incombait au créancier. En conséquence, le créancier qui n'a pas déclaré sa créance ne saurait invoquer à son profit un texte qui, pour accroître les garanties de la caution, l'autorise à agir contre le débiteur en détournant de sa finalité, un texte destiné à faciliter l'exercice de son action récursoire<sup>1228</sup>. Il importe de soutenir que la production faite par la caution avant paiement doit être destinée à préserver et à sauvegarder son recours contre le débiteur principal, étant entendu qu'elle ne dispose de cette poursuite qu'autant qu'elle est elle-même tenue à l'égard du créancier. Il en résulte que la production faite par la caution, en l'absence de toute production du créancier dans le délai légal, ne saurait être considérée comme garantissant par représentation la survie de la créance du créancier à l'égard du débiteur et le sauver de la forclusion.

<sup>1226</sup> CA Orléans, ch. com., 1<sup>er</sup> fév. 2001, *RJDA*, 2001/7, n° 786.

<sup>1227</sup> Cass. com., 4 oct. 1972, *Gaz. Pal.* 1973, I, p. 143, note D. MARTIN; Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juill. 1979, *D.* 1980, somm. com., p. 67, obs. A. HONORAT; Com., 16 fév. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 68; *DS* 1984, I, p. 85, obs. M. VASSEUR; Com., 11 oct. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 256; *JCP G* 1983, IV, p. 346; *D.* 1984, I, p. 130, obs. A. HONORAT.

<sup>1228</sup> Cass. com., 19 juin 1984, *Bull. civ.* IV, n° 198; *JCP G* 1986, II, 20569, obs. M. STORCK; *D.* 1985, p. 140, note A. HONORAT; *D.* 1986, somm. com., p. 7, obs. F. DERRIDA; *Banque*, 1985, p. 307, note J. L. RIVES-LANGE; *JCP E* 1985, I, 14908, n° 11, obs. M. CABRILLAC et M. VIVANT; *Petites affiches*, 15 déc. 1991, p. 1149, obs. J. L. COURTIER; dans un arrêt du 17 juillet 1990 (*Bull. civ.* IV, n° 214, 2<sup>e</sup> espèce; *RJDA*, 1/1992, n° 53; *D.* 1990, p. 494, 2<sup>e</sup> espèce, note A. HONORAT; *JCP E* 1991, II, 101, obs. G. AMLON), la Chambre commerciale retient « que la déclaration provisionnelle faite par la caution en application de l'article 2032-2<sup>o</sup> du Code civil doit être rejetée au motif que la caution est libérée de son engagement par suite de l'extinction des créances de l'article 53 alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985, résultant de la créance du créancier qui n'a pas déclaré », lequel, selon les termes des arrêts du 23 octobre 1990 (*Bull. civ.* IV, n° 244; *RTD com.* 1991, p. 108, obs. A. MARTIN-SERF; *RTD civ.* 1991, p. 372, obs. M. BANDRAC; *RJDA* 1/1991, n° 59; *Rev. proc. coll.* 1992, p. 74, obs. Ph. DELEBECQUE; *JCP E* 1991, I, 46, n° 11, obs. M. CABRILLAC; *D.* 1991, I, p. 256, *JCP G* 1990, IV, p. 415) et du 14 février 1995 (*Rev. proc. coll.* 1995, p. 327, n° 4, obs. E. KERKHOVE), « n'ayant sollicité un relevé de forclusion, ne peut pas pour remédier à sa propre carence, invoquer à son profit les dispositions de l'article 2032-2<sup>o</sup> du Code civil, en détournant ainsi de sa finalité un texte destiné à faciliter l'exercice de l'action récursoire de la caution »; elle précise enfin dans un arrêt du 12 juillet 1994 que « si la caution a la faculté de procéder à la déclaration de la créance au redressement judiciaire du débiteur principal, c'est uniquement dans le but de préserver son recours contre le débiteur et non celui d'assurer la survie de la créance », (*Com.*, 12 juill. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 260; *D.* 1994, IR, p. 207).

**652. La possibilité d'une double production de créances.** La production faite par la caution ne doit pas avoir vocation d'assurer la survie de la créance du créancier en ce sens que le garant n'est pas tenu de se substituer à ce dernier. L'autorisation ainsi accordée à la caution de produire indépendamment du créancier est alors fonction de la nature de la créance et plus exactement de la nature du recours. Si le recours de la caution se résume à la production de créance au passif du débiteur par la caution, cette action remplace l'action indemnitaire. Dès lors, dans l'hypothèse d'une double déclaration, l'action de la caution et du créancier ont un objet différent. A cet égard, la production de créance faite par le créancier ne suffira pas à préserver le recours personnel de la caution<sup>1229</sup>.

**653.** Cependant, la possibilité de cette production par la caution peut être discutée. D'abord, le caractère éventuel de la créance de la caution peut y faire obstacle d'autant plus qu'il n'est pas possible de produire les créances éventuelles. Mais le juge de la CCJA doit, dans le souci d'équité, admettre la production des créances éventuelles de la caution afin de sauvegarder son recours avant paiement. La difficulté tient ensuite au fait que le créancier aura produit également sa créance. Cette situation semble traduire un risque de double emploi car, le débiteur ne peut être tenu de payer deux fois la même dette. En fait, tout dépendra de ce que la caution aura produit au passif du débiteur. Si elle se contente de produire sa créance indemnitaire, cette dernière est distincte de la créance principale. En conséquence, elle n'aura pas pour objet de permettre à la caution d'obtenir le remboursement de la somme qu'elle paiera au créancier mais seulement des dommages et intérêts destinés à réparer ce qu'elle ne pourra pas récupérer dans le cadre du recours subrogatoire<sup>1230</sup>.

**654.** Le recours anticipé est donc une variété de recours personnel et non une variété de recours subrogatoire. En droit français, la jurisprudence française a admis la déclaration de créance de la caution alors même que le créancier a déclaré dès lors que la créance de la caution est distincte de la créance principale. Dans un arrêt, en effet, deux époux cautions avaient exercé le recours anticipé sans pour autant avoir déclaré leur créance, ceux-ci reprochaient à la juridiction d'avoir déclaré leur créance éteinte alors que le créancier qui les poursuivait avait lui-même déclaré la créance. La Cour a jugé « *que le fait pour le créancier d'avoir déclaré sa créance au passif du débiteur principal en redressement, ne dispense pas la caution qui entend se prévaloir des dispositions de l'article 2032-2° du Code civil, de déclarer sa propre créance contre le débiteur*

---

<sup>1229</sup> Cass. com., 2 mars 1993, *Bull. civ.* IV, n° 80 ; *D.* 1993, somm. p. 310, obs. L. AYNES; civ. 1<sup>re</sup>, 25 oct. 1994, *Bull. civ.* I, n° 305.

<sup>1230</sup> P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., n° 712-92, p. 1557 ; M. ARTHOZOUL, thèse préc., n° 460, p. 467.

*principal, à défaut de quoi celle-ci est éteinte* »<sup>1231</sup>. Cette solution rendue pour le redressement judiciaire peut être transposée à la liquidation des biens pour mesurer sa réelle portée.

**655. La portée du recours anticipé.** L'admission d'une conception large du recours avant paiement peut permettre à la caution de participer en tant que « créancier d'indemnités » non seulement à l'union des créanciers mais aussi et surtout aux opérations de liquidation. A ce titre, le cautionnement préservera davantage son caractère accessoire<sup>1232</sup> dans la mesure où le montant de sa créance peut être différent de celui du créancier bénéficiaire du cautionnement.

**656.** Dès lors, dans le cadre de la liquidation des biens la caution peut obtenir une partie de l'indemnité dont le débiteur lui est redevable<sup>1233</sup>, sachant qu'une fois le créancier désintéressé, le recours que lui ouvre la loi sera souvent « illusoire » lorsque le patrimoine du débiteur a définitivement disparu<sup>1234</sup>. En revanche, la production de la créance par la caution et, par voie de conséquence, le recours préventif peuvent trouver leur intérêt dans l'hypothèse où la caution dispose à titre personnel de contre-garanties réelles qui n'appartiennent pas au créancier à l'encontre du débiteur et que la forclusion, d'abord, et l'extinction, ensuite, de la créance faute de production, empêcheraient de mettre en œuvre<sup>1235</sup>.

**657.** Le recours avant paiement peut avoir l'avantage de donner à la caution « *la maîtrise de la gestion de sa créance d'indemnité* » en ce sens qu'elle sera nécessairement consultée sur les sacrifices à consentir<sup>1236</sup>. Néanmoins, sans remettre en cause la possibilité du recours avant paiement dans le cadre des procédures collectives, la reprise des actions individuelles envisagée par l'Acte uniforme à l'issue de la clôture pour insuffisance d'actif semble aussi être un recours après paiement.

---

<sup>1231</sup> Cass. com., 29 oct. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 216 ; Com., 2 mars 1993, préc., *RTD civ.* 1993, p. 859, obs. M. BANDRAC.

<sup>1232</sup> E. BROCARD, thèse préc., n° 771, p. 425.

<sup>1233</sup> C. BOULAY, art. préc., n° 60 ; Y. H. FRUGIER, « Le recours anticipé de la caution lui permet-il de percevoir du débiteur principal le montant de la créance cautionnée à titre d'indemnité ? », art. préc., p. 602.

<sup>1234</sup> Sur l'illusion du recours, E. BROCARD, « La loi 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises. Brèves remarques sur la situation de la caution », art. préc., p. 169, n° 8 ; *adde*, thèse préc., n° 771.

<sup>1235</sup> A. MARTIN-SERF, note sous Com., 2 mars 1993, *RTD com.* 1994, p. 120 et sous Com., 29 oct. 1991, *RTD com.* 1993, p. 178 ; Ph. SIMLER, obs. *JCP G* 1993, 3717, n° 7.

<sup>1236</sup> M. CABRILLAC, note sous Com., 29 oct. 1991, *JCP E* 1991, I, 168, n° 13 ; M. ARTHOZOUL, thèse préc., n° 467, p. 474, où l'auteur fait remarquer que le recours personnel ne doit être sauvegardé que dans des circonstances exceptionnelles ; M. DAGOT, « De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution », art. préc., 2577.

## Paragraphe 2 - La sauvegarde du recours de la caution après paiement

**658. Le recours personnel : la voie possible du renouveau du cautionnement dans les procédures collectives**<sup>1237</sup>. La situation de la caution découle du rapport qu'elle a avec le débiteur principal. Or, « *la charge définitive est moins lourde que la charge initiale; la vertu (le désintéressement de la caution) vient au secours du vice (le débiteur ne tient pas sa parole)* »<sup>1238</sup>. A cet égard, en dehors du recours en indemnisation qui intervient *a priori* la caution dispose également d'un recours après paiement en remboursement contre le débiteur. En réalité, en s'engageant à payer ce qui est dû par le débiteur au cas où celui-ci devient défaillant, la caution est tenue de payer. Mais, parce que la caution n'entend pas supporter définitivement le poids de la dette, dès qu'elle aura satisfait le créancier, en exécutant son obligation par le paiement, elle pourra, dans le cadre de la liquidation des biens en raison de la reprise des poursuites individuelles, exercer à son tour l'action en remboursement contre le débiteur à la clôture de la procédure collective.

**659.** Cette solution peut exprimer encore une fois une certaine compatibilité du droit du cautionnement avec celui des procédures collectives à la phase de la liquidation des biens, même si cette action peut se révéler, en pratique, inefficace. En vérité, elle peut avoir une portée juridique certaine pour le garant en ce qu'elle renoue fondamentalement avec la nature du cautionnement. Pour reprendre la formule précitée de M. Crocq, c'est « *uniquement dans la perspective de ce recours qu'il accepte de s'engager* »<sup>1239</sup>. Il en découle que le recours après paiement est une action en remboursement de la caution (A) ayant néanmoins, en fait, une portée variable, voire, limitée par la qualité des débiteurs cautionnés (B).

### A - La nature du recours de la caution après paiement

**660. Un recours en remboursement à double fondement.** Le maintien du droit du cautionnement dans les procédures collectives peut être renforcé par la mise en œuvre du recours de la caution après paiement. Cette position peut s'appuyer sur l'article 21 de l'AUS qui offre à la caution qui a payé la dette principale un recours contre le débiteur. De son côté, l'article 20 du même Acte uniforme ajoute qu'elle est subrogée dans tous les droits et garanties qu'avait le créancier contre le débiteur. L'Acte uniforme ne semble interdire ni l'exercice cumulé, ni

<sup>1237</sup> C. FARGES, « Le recours personnel de la caution : la voie possible d'un renouveau du cautionnement », *D.* 2003, chron. 89.

<sup>1238</sup> Ph. THERY, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 29 oct. 2002, *Defrénois* 2003, art. 37850, p. 1614.

<sup>1239</sup> P. CROCCQ, art. préc., 175.

l'exercice simultané <sup>1240</sup>. Cependant, il soumet le recours en remboursement à une condition commune: le paiement du créancier par la caution. Du reste, la caution peut cumuler les avantages du recours personnel avec ceux de la subrogation en bénéficiant dans son recours des droits et actions du créancier qu'elle a payé car, elle était tenue avec un autre, le débiteur principal, envers le créancier sur le fondement de l'article 1251-3° du Code civil de 1804<sup>1241</sup>. En revanche, sans le bénéfice de cette subrogation légale, la caution reste toujours un créancier mais elle apparaîtrait comme un créancier chirographaire du débiteur principal à moins qu'elle se soit dotée de sûretés. En clair, la subrogation lui permet de bénéficier des droits préférentiels dont pouvait disposer le créancier qu'elle a payé.

**661. Le paiement de la dette cautionné : fait générateur du recours.** L'action dont dispose la caution contre le débiteur après avoir désintéressé le créancier peut soulever la question du fait générateur de la créance de la caution dont elle réclame paiement. Sous l'empire de la loi française du 25 janvier 1985, le droit de reprise des poursuites au profit de la caution n'était pas prévu et il était souvent affirmé que la créance de recours personnel de la caution naît du contrat de cautionnement et non du paiement. En conséquence, même si la caution payait le créancier après l'ouverture de la procédure collective, elle ne pouvait exercer son droit de recours en contradiction avec le principe de l'interdiction de la reprise des poursuites individuelles<sup>1242</sup>. Or, la première chambre civile de la Cour de cassation française avait dans un arrêt en date du 15 mai 1990 décidé que « *le tiers qui a payé la dette d'autrui, a, bien que non subrogé aux droits du créancier, un recours contre le débiteur, ce recours ayant sa cause dans le seul paiement, générateur d'une obligation nouvelle distincte de celle éteinte par le créancier* »<sup>1243</sup>.

**662.** Dès lors, la justification de l'action récursoire de la caution doit se trouver dans le service rendu au débiteur en payant sa dette. M. Aynès précise, avec justesse, que ce service l'ayant

---

<sup>1240</sup> En effet, l'article 20 AUS prévoit que la caution est subrogée dans tous les droits et garanties du créancier poursuivant pour tout ce qu'elle a payé à ce dernier ; de plus, l'article 21 du même Acte uniforme ajoute que la caution qui a payé a également, un recours personnel contre le débiteur principal. L'emploi de l'adverbe « également » autorise à affirmer qu'il s'agit de deux voies de recours distinctes.

<sup>1241</sup> Aux termes de l'article 1251-3° du Code civil, la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, était tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette avait intérêt de l'acquitter.

<sup>1242</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2005, *D.* 2005, p. 1365, note P.-M. LE CORRE ; *Gaz. proc. coll.* 2005/2, p. 42, obs. P.-M. LE CORRE.

<sup>1243</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 1990, *Bull. civ.* I, n° 106 ; *JCP G* 1991, II, 21628, obs. B. PETIT ; *D.* 1991, p. 538, note G. VIRASSAMY ; *RTD civ.* 1990, p. 662, n° 11, obs. J. MESTRE ; *Deffrénois*, 1990, p. 1020, n° 96, obs. J. L. AUBERT ; dans le sens contraire, dans les rapports entre la caution et le débiteur, Com., 1<sup>er</sup> mars 2005, *D.* 2005, p. 1365, note P. M. LE CORRE, ainsi que dans les rapports entre cofidéjusseurs, Com., 16 juin 2004, *D.* 2004, AJ, p. 2046 ; *RD bancaire et fin.* 2004, n° 200, obs. D. LEGAIS ; *RJDA* 12/2004, n° 1385 ; *RTD civ.* 2004, p. 758, obs. P. CROCQ ; *JCP E* 2005, p. 32, obs. M. CABRILLAC, où il est jugé que la créance prend naissance à la date de l'engagement de la caution.

appauvrie, elle peut recouvrer le dommage sur le bénéficiaire du service<sup>1244</sup>. A ce titre, en dehors du bénéfice de subrogation translatif des droits au subrogé, le paiement effectué par la caution a un effet extinctif. Par le paiement effectué, la dette du débiteur est éteinte immédiatement à l'égard du créancier<sup>1245</sup> et remplacée par une obligation nouvelle du débiteur de rembourser la caution, présentant un caractère personnel. Elle repose sur un droit propre, indépendant de la créance initiale<sup>1246</sup>. Seulement, s'il ne fait aucun doute que le paiement de la dette d'autrui est la cause du recours autonome et personnel, il peut être exigé de la part du tiers *solvens*, pour se voir reconnaître une action personnelle, de prouver la cause de son engagement<sup>1247</sup>. Or, dans l'hypothèse de la caution, la cause de son paiement résulte du contrat de cautionnement lui-même. Par conséquent, à partir du moment où la créance de remboursement de la caution représente une créance nouvelle née du paiement dont le recouvrement sera soumis aux règles de la procédure collective, il faut alors connaître le moment précis où la caution devient titulaire de sa créance de remboursement.

**663. La date de paiement : critère de détermination du bénéfice de l'action en remboursement.** La caution peut être amenée à acquitter la dette du débiteur avant ou après l'ouverture de la procédure collective. Cependant, le régime juridique du paiement varie suivant le moment. Il se pose alors le problème de la date du paiement de la caution. En réponse à cette question, plusieurs hypothèses ou solutions sont envisagées. Les plus crédibles sont, soit la date de la conclusion du cautionnement, soit la date du paiement. Pour notre part, le recours après paiement ne peut s'exercer qu'à partir du moment où la caution est effectivement devenue créancière du débiteur : c'est donc après avoir payé que la caution est fondée à exercer son recours. Dans l'hypothèse où le paiement de la dette au créancier est intervenu postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, la créance de remboursement de la caution

<sup>1244</sup> L. AYNES, « Le cautionnement », *Lamy droit des sûretés*, 2005, n° 120-57.

<sup>1245</sup> C. SAINT-ALARY HOUIN, « Le dirigeant caution », *Droit et Patrimoine*, mars 1996, n° 88, p. 45 ; P. RUBELLIN, « Le recours personnel de la caution contre le débiteur en redressement judiciaire », *Petites affiches*, 21 juin 1995, n° 12 et s., p. 18 ; J.-L. COURTIER, « Influence du droit des entreprises en difficulté sur le cautionnement », art. préc., p. 17 ; Ch. ALBIGES et M.-P. DUMONT-LEFRAND, *op. cit.*, n° 171 et s. ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, n° 172-96.

<sup>1246</sup> J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, thèse préc., n° 306 et s. ; G. VIRASSAMY, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 1990, *RTD civ.* 1990, p. 540, n° 9 et s. ; M. ARTHOZOUL, thèse préc., n° 447, p. 455 ; E. BROCARD, thèse préc., n° 782, p. 428.

<sup>1247</sup> L'arrêt du 15 mai 1990 (préc.) selon lequel le tiers *solvens* disposait du seul fait du paiement, qui avait éteint la dette du débiteur, d'un recours fondé sur une obligation nouvelle, distincte de celle éteinte par le paiement, avait été très critiquée par la doctrine majoritaire, qui estimait alors que le paiement ne peut être considéré en lui-même comme la condition suffisante du recours ; c'est ainsi que dorénavant, le tiers *solvens* doit prouver la cause de son remboursement pour pouvoir exercer son recours contre le débiteur : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 2 juin 1992, *D.* 1992, somm. com. p. 407, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1992, n° 10, p. 130, obs. J. MESTRE ; Civ. 1<sup>re</sup>, 17 nov. 1993, *Bull. civ.* I, n° 332 ; *RTD civ.* 1994, obs. J. MESTRE ; *Deffrénois*, 1994, art. 35845, p. 810, n° 69, obs. D. MAZEAUD.

sera une dette postérieure à l'ouverture de la procédure, soustraite aux règles d'interdiction de paiement ou de suspension des poursuites individuelles<sup>1248</sup>.

**664.** Or, en admettant que la date de naissance de la créance dans le cautionnement remonte à la date de la conclusion du cautionnement, la créance de la caution sera toujours une dette antérieure à l'ouverture de la procédure, quelle que soit la date de paiement, soumise à la production de créance ainsi qu'à la discipline collective et au rang de paiement des créanciers. Afin d'obtenir de meilleures chances de recouvrement, la caution sera tentée de choisir la date du paiement comme critère de bénéfice de l'action en remboursement. Il s'ensuit que la caution actionnée par le créancier peut intentionnellement décider de ne payer qu'après le jugement d'ouverture de la procédure de redressement dans le but de sauvegarder son recours qui ne sera point soumis au sort réservé aux créances antérieures à l'ouverture de la procédure collective. Selon M. Sawadogo, malgré l'absence d'affirmation claire, il résulte des articles 136 et 137 AUPC que le concordat met fin à la procédure collective de redressement judiciaire dès que le jugement d'homologation a acquis l'autorité de la chose jugée. En conséquence, le débiteur retrouve la libre administration et disposition de ses biens, à l'exception le cas échéant, de ceux qui auraient fait l'objet d'une cession partielle d'actif (art. 131 à 133 AUPC). La masse des créanciers est dissoute et les créanciers recouvrent leurs droits de poursuite individuelle. C'est donc à ce moment que la caution peut utilement payer pour se mettre à l'abri des vicissitudes de l'arrêt des paiements et la suspension des poursuites individuelles pour pouvoir exercer son recours efficacement en remboursement.

**665.** Cette solution a un effet pervers car, il s'agit d'une dérive consistant pour la caution de s'abstenir de tout paiement avant le jugement d'ouverture de la procédure collective pour exercer après le jugement ce recours qui ne sera point conforme à l'objectif de sauvetage de l'entreprise en difficulté tel que voulu par le législateur<sup>1249</sup>. En principe, seules les créances nécessaires à la poursuite de l'activité sont payées mais le juge doit autoriser le paiement de la caution lorsque les circonstances l'exigent. En droit français, la doctrine est partagée relativement à cette attitude de la caution. Pour contenir l'abstention de la caution à payer le créancier avant l'ouverture de la procédure, MM. Simler et Delebecque ont proposé que la créance de la caution devrait exister virtuellement au jour de son engagement<sup>1250</sup>. Or, M. Le Corre reproche à la Cour de cassation de localiser le fait générateur de la créance de recours personnel de la caution dans le contrat de

<sup>1248</sup> CA Toulouse, 25 nov. 1992, *Rev. proc. coll.* 1997, p. 71, n° 24, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN; *JCP E* 1994, I, 365, n° 7, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.

<sup>1249</sup> Selon F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 290.

<sup>1250</sup> Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, obs. Toulouse, 25 nov. 1992, *JCP E* 1994, I, 365, n° 7.

cautionnement lui-même<sup>1251</sup> alors que tant que la caution n'a pas payé, sa créance de recours n'est qu'éventuelle<sup>1252</sup>, *a contrario*, c'est dans le paiement et à partir de la date du paiement que la créance de recours prend forme et devient effective.

**666.** En tout état de cause, il convient de s'aligner sur la position de MM. Anoukaha, Cissé-Niang, Foli, Issa-Sayegh, Ndiaye et Samb qui soutiennent avec justesse que le recours personnel après paiement est en principe issu du lien qui unit la caution au débiteur principal mais qui se justifie par l'exécution du contrat de cautionnement<sup>1253</sup>. Mme Saint-Alary Houin fait observer dans ce sens que « *la signature du contrat de cautionnement ne comporte qu'en germe la créance de recours* ». Elle précise utilement que l'analyse selon laquelle la créance de recours de la caution devait prendre naissance au jour de la conclusion du contrat de cautionnement « *ne (nous) convainc pas car le droit de réclamer le remboursement de ce qui a été payé au créancier se concrétise au jour du paiement* »<sup>1254</sup>. Cette solution se justifie d'autant plus que le recours personnel de la caution naît du paiement et non du contrat de cautionnement proprement dit. De plus, la jurisprudence française privilégie également le paiement d'autres créances qui ne sont pas liées au maintien de l'exploitation dès qu'elles sont régulières et postérieures au jugement d'ouverture<sup>1255</sup>. En conséquence, la créance du recours personnel de la caution ayant sa cause dans le paiement postérieur au jugement d'ouverture doit être privilégiée dans la procédure collective puisque les créanciers antérieurs sont constitués en masse et ont vu leurs actions individuelles en paiement suspendues<sup>1256</sup>. En cas de la clôture pour insuffisance d'actif, même en raison de la reprise des actions individuelles des créanciers, la caution ne doit pas subir le concours du créancier bénéficiaire du cautionnement qui retrouve l'exercice de son action individuelle.

**667. L'assiette du recours de la caution.** La mise en œuvre de l'action personnelle présente certains attraits pour la caution en ce sens qu'elle lui permet d'obtenir non seulement le

<sup>1251</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2005, *D.* 2005, p. 1365, note P.-M. LE CORRE ; *Gaz. proc. coll.* 2005/2, p. 42, obs. P.-M. LE CORRE.

<sup>1252</sup> P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, préc., n° 442-18 et 712-95.

<sup>1253</sup> F. ANOUKAHA et autres, *op. cit.* n° 80, p. 34.

<sup>1254</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, note sous Com., 19 déc. 2006, *Rev. proc. coll.*, sept. 2007, p. 145 et s.

<sup>1255</sup> C. SAINT-ALARY-HOUIN, note sous Toulouse, 25 nov. 1992, *Rev. proc. coll.* 1997, p. 71, n° 24. Dans le même sens, M. ARTHOZOU, thèse préc., n° 451 où l'auteur fait observer que dès lors que l'action récursoire de la caution naît du paiement, le garant qui a payé la dette d'autrui est en droit d'en obtenir le remboursement, quelle que soit la date du paiement.

<sup>1256</sup> Aux termes de l'article 75, la décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement, exercées par les créanciers composant la masse. C'est la décision d'ouverture qui constitue les créanciers en une masse ; or, d'après l'article 72 AUPC, la masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision à condition que cette créance ne soit pas inopposable.

remboursement des sommes versées à titre principal au créancier mais aussi d'éventuels dommages et intérêts. A ce titre, elle peut réclamer non seulement des intérêts moratoires au taux légal qui s'applique à défaut de convention contraire entre la caution et le débiteur, fixant un taux différent<sup>1257</sup> mais également des dommages-intérêts distincts des intérêts moratoires à raison du préjudice que le paiement a pu lui causer, notamment l'ouverture d'une procédure collective contre la caution. Enfin, la caution peut recourir pour le remboursement des frais de poursuite qu'elle a supportés mais seulement depuis qu'elle a dénoncé les poursuites au débiteur car, c'est seulement à partir de ce moment que le débiteur était en mesure de les éviter<sup>1258</sup>. L'article 21, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'AUS est clair sur ce point lorsqu'il dispose que « *la caution qui a payé a, également, un recours personnel contre le débiteur principal pour ce qu'elle a payé en principal, en intérêts de cette somme et en frais engagés depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle. Elle peut, en outre, réclamer des dommages intérêts pour la réparation du préjudice subi du fait des poursuites du créancier* ». La finalité du recours après paiement est donc d'assurer à la caution un remboursement total mais ce recours a une portée limitée.

## **B - La portée du recours de la caution après paiement**

**668. L'efficacité du recours après paiement en question.** Le recours en remboursement peut encourager la caution à exécuter volontairement son engagement et conforter la réalisation de l'attente objective du créancier. Seulement, dans l'hypothèse de la procédure de liquidation des biens, cette action semble se limiter à la théorie d'autant plus que sa portée exacte, en pratique, dépend de la qualité du débiteur. En fait, la caution qui a payé le créancier peut se retourner contre tout débiteur principal dès lors qu'elle n'a pas renoncé à son recours ou ne l'a pas perdu<sup>1259</sup>. La caution peut en effet avoir renoncé par avance à recourir contre le débiteur principal. Cette renonciation, expresse ou même tacite, repose en règle générale sur une intention libérale envers le débiteur et permet de qualifier le cautionnement de donation indirecte. De

---

<sup>1257</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2002, *Bull. civ. I*, n° 138 ; les intérêts moratoires courent de plein droit dès le jour du paiement : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 26 avr. 1977, *Bull. civ. I*, n° 187. Sa situation est sur ce point identique à celle du mandataire ; dans ce sens, L. AYNES, « Cautionnement », *Lamy droit des sûretés*, coll. Lamy droit civil, mars 2005, n° 120-63.

<sup>1258</sup> Cass. com., 16 janv. 2007 (*Bull. civ. IV*, n° 1) qui a jugé que la caution qui a payé le créancier devient créancier du débiteur principal et dispose contre la sous-caution, garante des engagements de ce dernier, d'une action personnelle en exécution de la garantie, et que lorsqu'elle a acquitté la dette du débiteur principal à l'égard du créancier, elle n'est fondée, en l'absence de convention contraire conclue entre elle-même et la sous-caution, à réclamer à cette dernière que les intérêts aux taux légal à compter de son paiement

<sup>1259</sup> Sur la renonciation à l'action, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 8 déc. 1982, *Bull. civ. II*, n° 162 ; Cass. com., 19 déc. 1972, *Bull. civ. IV*, n° 338 ; sur la perte de l'action, Cass. com., 19 oct. 1970, *Bull. civ. IV*, n° 269 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 nov. 1971, *Bull. civ. I*, n° 288.

même, la caution peut avoir renoncé à exercer son recours dans l'intérêt du créancier afin d'éviter à celui-ci une concurrence en cas de paiement partiel.

**669.** Par ailleurs, en cas de pluralité de débiteurs solidaires, l'article 20, alinéa 2, de l'AUS dispose qu'elle peut recourir contre chacun d'eux pour tout ce qu'elle a payé, même si elle n'en a cautionné qu'un<sup>1260</sup>. A ce titre, l'efficacité du recours permet d'étendre l'action de la caution également aux cofidésusseurs<sup>1261</sup> et aux sous-cautions pour encourager la caution à exécuter son obligation<sup>1262</sup>. Mais la nature juridique du débiteur déterminera la portée du recours personnel de la caution lors de la clôture pour insuffisance d'actif. En réalité, un patrimoine susceptible de reconstitution subsistera éventuellement après la clôture de la procédure selon la qualité du débiteur. L'efficacité du recours après paiement doit être appréciée en fonction du cautionnement d'une personne physique commerçante défailante ou d'une personne morale en faillite.

**670. Un recours efficace pour la caution d'une personne physique défailante.** L'article 2, 4°, de l'AUPC dispose que le redressement judiciaire et la liquidation des biens sont applicables à toute personne physique commerçante au même titre que les personnes morales de droit privé non commerçantes, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui cesse ses paiements. Or, l'entrepreneur individuel peut être cautionné par un tiers pour les besoins de son entreprise, à la demande de son établissement de crédit, lui permettant de disposer d'un droit de gage général sur le patrimoine de la caution. Seulement, lorsque le débiteur principal est soumis à la procédure de liquidation des biens clôturée pour insuffisance d'actif, la caution engagée disposera après paiement d'un recours en remboursement à l'encontre

---

<sup>1260</sup> Dans le même sens, sur le recours subrogatoire : Cass. civ., 6 juill. 1896, *DP* 1896, 1, p. 455 ; *S.* 1897, 1, p. 5, note LYON-CAEN ; Civ., 21 jan. 1935, *S.* 1935, 1, p. 110 ; *DH* 1935, 1, p. 116 ; *Gaz. Pal.* 1935, 1, p. 452 ; civ. 1<sup>re</sup>, 12 déc. 1960, *Bull. civ.* I, n° 537 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mai 1977, *D.* 1977, IR, p. 453, *Gaz. Pal.* 1977, 2, somm. p. 306 ; sur le recours personnel : Com., 27 nov. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 277.

<sup>1261</sup> En réalité, la caution ne peut demander aux cofidésusseurs que ce qu'elle a payé en plus de sa part (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 2004, *RJDA* 8-9/2004, n° 1033 et 1046) ; cependant, elle a intérêt à le faire en cas d'insolvabilité du débiteur ; à ce titre, pour augmenter ses chances de remboursement, la caution peut, d'une part, exercer le recours contre le débiteur principal et contre les cofidésusseurs en même temps et, d'autre part, agir contre ceux-ci cumulativement sur le fondement de son action personnelle et de l'action du créancier dans laquelle elle est subrogée ; P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, préc., n° 682 à 685 ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 242 ; J. FRANCOIS, *op. cit.*, n° 293 ; D. LEGEAIS, n° 282 ; Ph. MALAURIE et L. AYNES, par L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 175 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 158 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 638 à 642 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 71 ; dans le cadre d'une procédure collective ouverte contre le débiteur principal, il est jugé, d'une part que le recours contre les cofidésusseurs peut être exercé même si la caution solvens n'a pas déclaré sa créance contre le débiteur principal, les autres cautions ayant elles-mêmes la faculté d'effectuer une telle déclaration, même avant d'avoir payé (Com., 5 nov. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 158 ; *RD bancaire et fin.* 2004/1, p. 20, n° 12, obs. D. LEGEAIS) ; d'autre part, que les cofidésusseurs doivent rembourser, à hauteur de leur part et portion dans la dette, la caution qui a payé la dette principale, même si cette dette était éteinte pour ne pas avoir été déclarée à la procédure collective du débiteur principal (Com., 5 fév. 2002, *JCP G* 2002, I, 162, n° 10, obs. Ph. SIMLER).

<sup>1262</sup> La caution est considérée, à l'égard de la sous-caution, comme un créancier, cependant que le créancier principal et sous-caution n'ont aucun lien contractuel : B. SAINTOURENS, « Certificateurs de cautions et sous-cautions : les oubliés des réformes du droit du cautionnement », *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 399.

du débiteur. Ce recours peut être efficace lorsque l'actif du débiteur est liquidé mais son patrimoine n'a pas disparu. D'ailleurs, l'entrepreneur individuel peut entreprendre une nouvelle activité car l'article 83, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'AUPC n'exclut pas l'hypothèse d'un retour à meilleure fortune. Dès lors, l'action de la caution sera possible au fur et à mesure de la reconstitution du patrimoine du débiteur mais limitée par la prescription de l'action suivant la nature civile ou commerciale de l'engagement de la caution<sup>1263</sup>. En effet, le recours de la caution fondé sur le service rendu au débiteur est distinct du droit de poursuite du créancier. En conséquence, la prescription extinctive doit être celle du droit commun, qui commence à courir à compter du paiement du créancier<sup>1264</sup>. Néanmoins, la survie des actions individuelles peut compromettre rapidement la relance d'une initiative économique en cas d'une nouvelle activité, à la différence d'une personne morale.

**671. Un recours illusoire pour la caution d'une personne morale.** L'Acte uniforme, en autorisant la reprise des poursuites à la clôture de la procédure collective, semble rendre le recours après paiement efficace, en théorie et contribue ainsi à redonner au cautionnement sa véritable nature. Cependant, l'action personnelle accordée à la caution par l'article 21 de l'AUS peut être infructueuse en pratique pour la caution d'une personne morale ayant fait l'objet d'une procédure de liquidation des biens. En réalité, à la différence du commerçant personne physique, la liquidation des biens d'une personne morale et la clôture pour insuffisance d'actif qui s'ensuit entraînent la disparition de l'entreprise débitrice de la vie juridique. Le jugement de liquidation des biens emporte en effet la dissolution de la société et sa disparition intervient une fois les opérations de la liquidation clôturées. L'article 205 AUSCGIE dispose dans ce sens que « *la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation et jusqu'à la publication de la clôture* ».

**672.** En clair, dès lors que ces opérations sont effectuées, la personnalité morale disparaît avec le patrimoine. Ainsi, même si la caution dispose d'un recours en droit même si l'action en justice contre la société est toujours possible tant que les droits et les obligations à caractère social ne sont pas liquidés, le recours de la caution apparaît illusoire, voire impossible, faute d'un

---

<sup>1263</sup> G. MARRAUD DES GROTTES, obs. sous Cass. com., 30 oct. 2007, *Rev. Lamy droit civil*, déc. 2007, p. 27 : la décision d'admission des créances, devenue irrévocable, est opposable au codébiteur solidaire s'agissant de l'existence, du montant des créances et de la substitution de la prescription trentenaire à la prescription originaire.

<sup>1264</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1997, *D.* 1998, IR, p. 37 ; *RTD civ.* 1998, p. 156, obs. P. CROCQ. En droit français, la loi a apporté une exception en matière de cautionnement d'un consommateur de crédit à ce principe (art. L. 311-2 code de la consommation). Dans cette hypothèse, le recours de la caution est soumis aux règles de compétence et à la prescription des opérations de crédit de ce type (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 nov. 1993, *Bull. civ.* I, n° 333 et 334) ; la prescription de deux ans court à compter du paiement de l'établissement de crédit par la caution (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 déc. 1997, préc.).

patrimoine<sup>1265</sup>. D'ailleurs, ce patrimoine ne peut plus se reconstituer, nonobstant la clause de retour à meilleure fortune, puisqu'il disparaît avec la personnalité morale par l'effet de la clôture pour insuffisance d'actif social. Le remboursement de la caution sur des biens futurs semble être, en fait, impossible<sup>1266</sup>. MM. Simler et Delebecque expriment mieux cette idée et reconnaissent formellement l'inefficacité du recours personnel à l'issue de la clôture pour insuffisance d'actif, lorsqu'ils affirment que « *la portée de ce recours est néanmoins réduite dans la mesure où il ne peut être utile que pour les débiteurs personnes physiques, puisque si le débiteur garanti était une personne morale, la liquidation des biens aura emporté sa dissolution* »<sup>1267</sup>.

**673.** Dans ces circonstances, la caution sera tentée d'agir contre les associés ; or, les associés des sociétés de capitaux ont leur responsabilité limitée à leurs apports<sup>1268</sup>. Seule l'action contre le dirigeant caution peut être possible dans l'hypothèse de l'extension de la procédure ou du comblement du passif. Cette action sera fragile car la caution va subir le concours des créanciers de la procédure dans la limite de l'importance de l'actif mis à la charge du dirigeant. Tout le passif de la personne morale n'est pas transmis au dirigeant ; ce dernier supporte exclusivement au-delà de ses apports, les dettes qui résultent pour une part plus ou moins importante de ses fautes de gestion. La caution peut subir également le concours des créanciers de la procédure et celui des créanciers personnels du débiteur ou éventuellement de son conjoint<sup>1269</sup>. Mais l'action récursoire est subordonnée dans certains cas à la production de la créance de remboursement.

---

<sup>1265</sup> B. MERCADAL et Ph. JANIN, *op. cit.*, n° 3627 ; Y. GUYON, note sous Com., 30 mai 1978, *JCP* 1979, II, 19087. La radiation d'une société du registre de commerce ne met pas nécessairement fin à sa personnalité morale ; celle-ci ne disparaît qu'à la clôture de la liquidation (L. 24 juill. 1966, art. 392) ; cette clôture peut être constatée par décision de justice (Com., 21 fév. 1972, *Bull. civ.* IV, n° 67, p. 64 ; com., 23 nov. 1976, *Rev. soc.* 1977, 461, note MABILAT). L'important, c'est de voir si les opérations de liquidation étaient ou non en cours. La loi française de 1978 (L. 4 janv. 1978, *JCP* 1978, III, 46684), a modifié la date de la disparition de la personnalité morale, qui subsiste jusqu'à la publication de la clôture de la liquidation. BOULOC, « La disparition des sociétés commerciales et le registre du commerce », *Rev. soc.* 1978, 419.

<sup>1266</sup> M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, thèse préc., n° 432, p. 225 ; P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, *op. cit.*, n° 451, p. 180 ; E. BROCARD, thèse préc., n° 790.

<sup>1267</sup> Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 177.

<sup>1268</sup> A. PIEDELIEVRE, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.* 1982, 1, doct. 85 ; P. RUBELLIN, « Le recours personnel de la caution contre le débiteur en redressement judiciaire », art. préc., p. 311 ; M. STORCK, « Cautionnement et procédures collectives », art. préc., n° 188, p. 33 ; J.-F. VALBRAY, « Le cautionnement des dirigeants et la faillite de l'entreprise », art. préc., n° 110, p. 73.

<sup>1269</sup> En régime de séparation des biens, les créanciers d'un époux ont pour gage les biens personnels de leur débiteur, sauf lorsque les époux sont coobligés. En pareille hypothèse, ils peuvent être poursuivis sans distinction entre le patrimoine de l'un ou de l'autre époux en application de la règle de la solidarité. Voir dans ce sens, A. N. GBAGUIDI, « L'égalité dans les rapports personnels entre époux dans le nouveau Code de la famille du Bénin », *Recht in Afrika*, 2003, p. 167-188 ; F. K. DECKON, « Le conjoint du débiteur soumis à une procédure collective en droit uniforme de l'OHADA », *Petites affiches*, 14 janv. 2008, p. 6 et s. et *Petites affiches*, 15 janv. 2008, p. 3 et s. ; A. POCANAM, « Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo », art. préc., p. 189-230. En revanche, dans le régime de communauté des biens, les créanciers personnels du conjoint sont soumis aux règles des procédures collectives, s'ils veulent agir sur les biens communs. Dans ce cas, la caution va subir le concours des

**674. La nécessité de production de la créance de recours de la caution.** L'action de la caution peut être conditionnée par la nécessité de la production de sa créance dans la procédure du débiteur. Pour savoir si la caution doit ou non produire sa créance à la procédure collective, il faut distinguer selon la date à laquelle le paiement de la dette au créancier a eu lieu. En effet, le recours de la caution peut être lié à un paiement intervenu avant ou après l'ouverture de la procédure collective. S'agissant du recours après paiement antérieur à l'ouverture de la procédure collective, si le paiement a été total, du fait de l'extinction de sa créance par le paiement, le créancier n'a pas à déclarer sa créance car, « *pas d'intérêt pas d'action* ». Il s'ensuit qu'il revient à la caution qui veut sauvegarder ses recours d'y procéder pour éviter la forclusion, d'abord, pour prendre part aux dividendes et répartitions, ensuite, pour éviter l'extinction de la créance pour prescription.

**675.** En revanche, si le paiement n'a été que partiel, le créancier doit produire sa créance pour la part impayée de celle-ci et la caution doit produire la créance correspondant à l'exercice de ses recours, personnel ou subrogatoire, après paiement, conformément à l'article 92 de l'AUPC. Cette exigence est valable également pour une caution qui, ayant fait un paiement, muni d'un titre de créance, a introduit une action en condamnation en vertu ou à défaut d'un titre, pour faire reconnaître son droit avant la décision d'ouverture de la procédure<sup>1270</sup>. Il en découle que le créancier et la caution vont venir en concours lorsqu'il s'agira de répartir le produit de l'actif du débiteur mais dans l'hypothèse du recours personnel, aucune préférence ne devait être accordée au créancier<sup>1271</sup> à moins que la caution n'ait accepté dans le contrat de cautionnement de « passer après le créancier ».

---

créanciers personnels du conjoint qui n'ont pas été totalement désintéressés par la vente des biens dans le cadre de la liquidation des biens. Sur l'ensemble de la question, P. RUBELLIN, *Régimes matrimoniaux et procédures collectives*, thèse Strasbourg, 1999, n° 1, p. 1; Ph. SIMLER, « Les interférences des régimes matrimoniaux et des procédures collectives », *Petites affiches*, 1998, n° 72, p. 28; P. RUBELLIN, « Le sort de la communauté lorsque les époux sont successivement mis en liquidation judiciaire », *Deffrénois*, 30 avril 2003, n° 8, art. 37345, p. 497 et 500; A. PERRODET, « Le conjoint du débiteur en redressement », *RTD com.* 1999, p. 5; A. HONORAT, « De la conciliation des règles des régimes matrimoniaux et des procédures collectives », note sous Cass. com., 20 juin 1995, *Petites affiches* 1996, n° 47 (CD-Rom 1993-1999); B. SOINNE, « Le régime des biens communs », *Petites affiches* 1996, n° 87, note 3; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les dangers pour les créanciers de l'époux in bonis de l'ouverture d'une procédure collective », *Petites Affiches* 1998, n° 102, p. 16; F. DERRIDA, « Le sort du passif né du chef du conjoint en cas de redressement judiciaire d'un époux sous régime de la communauté légale », *Mélanges A. COLOMER*, 1993, p. 152, n° 7 et spéc. n° 8; contr: Com., 19 janv. 1993, *RTD com.* 1994, 119, obs. A. MARTIN-SERF; *D.* 1993, 332, note PATARIN et HONORAT; *JCP G* 1993, II, 22056, note Ph. PETEL; Paris, 3<sup>e</sup> ch. B, 25 juin 1993, *JCP E* 1993, pan. 1005; *D.* 1994, 195; F. DERRIDA, « Redressement et liquidation judiciaires et régime de communauté », *D.* 1994, chron. 108, n° 5.

<sup>1270</sup> Article 78, alinéa 2, de l'AUPC.

<sup>1271</sup> Sur ce point, l'article 21, alinéa 2, autorise, à la différence du recours subrogatoire, que s'il y a eu un paiement partiel, le créancier ne peut pas être préféré à la caution *solvens* qui agit en vertu de son recours personnel pour le paiement du reliquat.

**676.** En ce qui concerne le recours après un paiement postérieur à l'ouverture de la procédure collective, si le paiement a eu lieu avant l'expiration du délai imposé au créancier pour effectuer la production de la créance, ce paiement dispense le créancier d'avoir à exécuter son obligation de production puisque sa créance se trouve éteinte par le paiement fait par la caution. Dans ce cas, seule la caution se trouve soumise à l'obligation de production pour pouvoir exercer ses recours contre le débiteur principal<sup>1272</sup>. En revanche, si le paiement a eu lieu après que le créancier ait produit sa créance en temps utile, deux possibilités s'offrent à la caution. Elle peut exercer son recours subrogatoire et se trouver subrogée dans les droits du créancier sans avoir à effectuer une production de créance puisque par subrogation, elle bénéficie de cette production<sup>1273</sup> ou elle peut exercer son recours personnel.

**677.** Il se posera la question de savoir si elle devait ou non effectuer une production de créance. En droit français, la jurisprudence des juges du fond excluait l'obligation pour la caution de produire puisque considérant implicitement que le fait générateur du recours est constitué par le paiement et qu'il est donc postérieur à l'ouverture de la procédure collective, par voie de conséquence, elle faisait bénéficier la caution exerçant son recours personnel de la priorité de paiement<sup>1274</sup>. Or, cette jurisprudence des juridictions de fond a été implicitement censurée par un arrêt de la Cour de cassation, énonçant que la créance de la caution qui a payé la dette contre un cofidéjusseur, prend naissance à la date de naissance de l'engagement de caution<sup>1275</sup>. A suivre M. Crocq, cette solution a vocation à s'appliquer *a fortiori* au recours de la caution à l'encontre du débiteur principal<sup>1276</sup> ainsi que l'a par la suite expressément énoncée la Cour de cassation dans un arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2005, ce qui implique que la caution ne puisse exercer son recours personnel qu'à la condition de produire sa créance et qu'elle ne bénéficie plus de la priorité de paiement<sup>1277</sup>. La solution ainsi dégagée par le juge français peut en pratique être discutée ou ne peut être adaptée à la situation de la caution dans l'espace OHADA dans la mesure où la caution

<sup>1272</sup> Cass. com., 13 avr. 1999, *Bull. civ.* IV, n85; *D. Aff.* 1999, p. 906, obs. V. AVENA-ROBARDET; *JCP G* 1999, I, p. 177, n° 13, obs. M. CABRILLAC; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 56, obs. E. KERCKHOVE; *RTD com.* 1999, p. 973, obs. A. MARTIN-SERF.

<sup>1273</sup> Cass. com., 28 nov. 2004, n° 01-11. 443, *Lamyline*, cité par P. CROCQ, « Cautionnement et procédures d'insolvabilité », *Lamy droit des sûretés*, coll. Lamy droit civil, mars 2006, n° 172-77.

<sup>1274</sup> Toulouse, 25 nov. 1992, *JCP G* 1992, I, p. 3765, n° 7, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE; Rennes, 31 mars 2000, *RD bancaire et fin.* 2000, p. 89, obs. F.-X. LUCAS; Metz, 21 mai 2002, *D.* 2002, AJ, p. 2468, obs. A. LIENHARD. Les décisions sont rendues sur le fondement de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 devenu l'ancien article L. 621-32, puis les actuels articles L. 622-17 et L. 641-13 du code de commerce.

<sup>1275</sup> Cass. com., 16 juin 2004, *D.* 2004, AJ, p. 2046; *JCP G* 2005, I, p. 107, n° 15, obs. M. CABRILLAC; *RTD civ.* 2004, p. 758, obs. P. CROCQ; *Banque et Droit* 2004, n° 97, p. 76, obs. F. JACOB; *Act. proc. coll.* 2004, n° 185; *RD bancaire et fin.* 2004, n° 200, p. 326, obs. D. LEGEAIS; comp. résistance à cette jurisprudence, Rennes, 17 fév. 2005, *Act. proc. coll.* 2005, n° 143.

<sup>1276</sup> P. CROCQ, obs. sous Com., 16 juin 2004, *RTD civ.* 2004, p. 758; voir également du même auteur, « Cautionnement et procédures d'insolvabilité », *Lamy droit des sûretés*, préc.,

<sup>1277</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2005, *D.* 2005, jur., p. 1365, note P.-M. LE CORRE.

doit obtenir remboursement de l'intégralité du coût effectif occasionné par l'exécution de son obligation, alors même que ce coût dépend du délai après lequel le débiteur est en mesure de rembourser la caution. En réalité, la dette du débiteur sera augmentée des intérêts de retard légalement dus à la caution et dont le montant ne peut être déclaré à l'avance. De plus, des indemnités peuvent résulter du préjudice subi par la caution si l'exécution de son engagement envers le créancier a provoqué sa cessation des paiements<sup>1278</sup>. Or, toutes ces créances ne prendront naissance qu'à l'issue de la clôture des opérations de liquidation.

**678.** A moins d'admettre une production partielle ou prévisionnelle de créance, dans cette hypothèse, une production de créance effective au moment de l'ouverture de la procédure se révèle délicate. Or, le droit uniforme semble ne pas admettre une déclaration prévisionnelle ou provisionnelle<sup>1279</sup> à l'exception du Trésor public, de l'administration des douanes et des organismes de sécurité et de prévoyance sociales, qui peuvent produire des créances par provision ou sous réserve des créances non établies<sup>1280</sup>. Dans ces circonstances, l'extension mérite d'être admise. A ce titre, la CCJA et les juges nationaux dans l'espace OHADA devront faire une interprétation extensive de cette permission légale de la déclaration de créance éventuelle ou prévisionnelle en faveur de la caution lorsqu'ils seront appelés à statuer sur une pareille affaire pour pallier cette rigueur du législateur ; sinon la caution ne pourra produire que la créance existant au jour du jugement de la liquidation des biens, dont le montant sera équivalent à la créance déclarée dans l'hypothèse du recours avant paiement.

**679. Conclusion de la section 2** - Le droit du cautionnement et celui des procédures collectives sont compatibles seulement dans le cadre de la liquidation des biens où la caution retrouve ses recours contre le débiteur principal à l'issue de la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif. L'action de la caution peut être intentée avant ou après paiement contre un débiteur personne physique commerçante mais elle est illusoire contre une personne morale dissoute par l'effet de la liquidation des biens. Il résulte de ce qui précède que le droit uniforme

---

<sup>1278</sup> L'article 21, alinéa 1<sup>er</sup>, de l'AUS précise que la caution qui a payé, peut, en outre, réclamer des dommages intérêts pour réparation des dommages causés par les poursuites du créancier.

<sup>1279</sup> L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 80 AUPC dispose que les créanciers remettent au syndic, une déclaration indiquant « *le montant de la créance due au jour de la décision d'ouverture, des sommes à échoir et des actes de leurs échéances* » et l'alinéa 2 ajoute qu'elle précise que le créancier doit fournir tous les éléments de nature à prouver l'existence et le montant de la créance si elle ne résulte pas d'un titre, évaluer la créance si elle n'est pas liquide, mentionner la juridiction saisie si la créance fait l'objet d'un litige ; d'après F. M. SAWADOGO (*op. cit.*, n° 213), la production est une déclaration faite au syndic par les créanciers d'un débiteur en état de redressement judiciaire ou de liquidation des biens indiquant « *le montant de leurs créances, accompagnée de la preuve de leurs prétentions c'est-à-dire des pièces prouvant l'existence de la créance et son quantum* ».

<sup>1280</sup> Sur l'exception, l'article 81 AUPC dispose : « *Les productions des créances du Trésor, de l'Administration des Douanes et des Organismes de sécurité et de prévoyance sociales sont toujours faites sous réserve des créances non encore établies et des redressements ou rappels individuels* ».

met d'une façon involontaire une différence de traitement entre la clôture de la procédure collective à l'encontre du débiteur personne physique et celle du débiteur personne morale. A la différence de la personne morale qui disparaît de la vie juridique, le débiteur personne physique commerçante est tenue du remboursement de ses dettes, renforçant ainsi l'efficacité théorique du recours personnel de la caution à son encontre.

**680.** Il appartient aux Etats parties au Traité de l'OHADA de prendre en compte d'autres dimensions juridiques de la condition de la caution, surtout dirigeant social honnête. Ainsi, des mesures incitatives, en matière fiscale, peuvent corriger les imperfections de l'action en remboursement : en effet, le législateur peut envisager la possibilité de déduction fiscale pour les dirigeants cautions, dont le domaine et le régime doivent être délimités. Les diverses actions reconnues à la caution peuvent l'encourager à payer le créancier à l'échéance et espérer se retourner contre le débiteur principal, personne physique cautionnée, même si les actions sauvegardées en droit ont une portée pratique limitée.

### **Conclusion du chapitre I**

**681.** Le du cautionnement se trouve maintenu dans la procédure de liquidation des biens. A cette phase du traitement des difficultés, la caution même solidaire, reste un débiteur accessoire, ce qui emporte une double conséquence : d'abord elle ne peut jamais s'engager au-delà de ce qui est dû par le débiteur principal ; ensuite elle doit toujours avoir, en droit, un recours contre le débiteur principal, même si ce recours se trouve infructueux en fait. Si on a pu écrire que la phase de liquidation des biens du débiteur justifiait la mise en œuvre du cautionnement, les développements précédents ont pu démontrer que le cautionnement n'en demeure pas moins une sûreté personnelle efficace. Il en résulte que le créancier retrouve ses droits contre le débiteur principal qu'il peut saisir directement pour obtenir paiement de sa créance, avant de réclamer paiement à la caution. Néanmoins, la renonciation à l'action contre le débiteur ne prive pas le créancier du droit de réclamer directement le montant de la dette à la caution qui doit payer lorsque le débiteur est irrémédiablement défaillant en raison de la finalité de la garantie.

**682.** Mais l'unique perspective de la caution qui a payé le créancier est de disposer de son recours contre le débiteur et de pouvoir l'exercer afin de ne pas supporter définitivement sa contribution à la dette, même si le recours de la caution est d'application relative. Roubier disait que l'important est de préserver la nature des engagements souscrits en préservant en droit,

l'existence d'un recours même s'il est infructueux en fait<sup>1281</sup>. C'est donc au stade de la liquidation des biens du débiteur que la dette devrait légitimement être réclamée à la caution pour rétablir l'équilibre entre les deux corps de règles du droit privé, mais également, pour atteindre l'objectif légal de sauvetage du débiteur. La diversité des recours et d'autres moyens inhérents à la condition de la caution peuvent permettre d'alléger sa contribution définitive à la dette du débiteur devenue irrémédiablement compromise.

---

<sup>1281</sup> P. ROUBIER, note sous Req., 28 fév. 1939, *S.* 1939, 1, p. 161, spéc. p. 162.

## **CHAPITRE II – LE MAINTIEN DU MECANISME DE LA SUBROGATION DANS LA LIQUIDATION DES BIENS**

**683. L'allègement de la contribution définitive de la caution à la dette.** La théorie de la subrogation est un des éléments permettant d'expliquer les solutions de la confrontation du cautionnement et de l'application du droit des procédures collectives<sup>1282</sup>. La procédure de liquidation des biens traduit la perte définitive du crédit par le débiteur principal et justifie la mise en œuvre du cautionnement en raison de la finalité de la garantie. L'engagement de la caution est un service rendu au débiteur dans une large mesure et la caution ne doit pas supporter définitivement le poids de la dette. Au-delà de tout débat sur la finalité de la garantie, le cautionnement se présente comme une garantie anormale, voire injuste, au moment de son exécution. Pour cette raison, il doit s'agir d'un contrat le moins aléatoire possible pour la caution qui désire, en effet, garantir, d'abord, l'engagement d'un tiers, donc se sentir prête à faire l'avance des fonds lorsque le débiteur est défaillant mais récupérer, ensuite, ces fonds le plus rapidement possible et par les moyens les plus efficaces. Ainsi, lorsque la caution a payé le créancier, elle bénéficie légalement des droits, actions et garanties du créancier constituant un véritable mécanisme de réduction de sa contribution à la dette, qu'elle peut mettre en œuvre.

**684. Le mécanisme de la subrogation : une véritable arme entre les mains de la caution.** Le droit du cautionnement semble s'enrichir par le mécanisme de la subrogation, révélant ainsi, la véritable nature de cette sûreté personnelle parce que la mise en liquidation des biens du débiteur principal n'altère aucunement ce mécanisme essentiel du droit du cautionnement ; au contraire, elle peut renforcer la garantie. Par habitude, la théorie de la subrogation est souvent évoquée dans un sens unique limitant ce mécanisme aux rapports entre la caution et le créancier par le jeu du bénéfice de subrogation. Or, dans le cadre de la procédure collective de paiement des créanciers, une créance cautionnée assortie d'une sûreté préférentielle place ce créancier dans une situation confortable à l'égard du débiteur défaillant.

**685.** S'il ne fait aucun doute que la caution qui a payé le créancier bénéficiaire du cautionnement est subrogée dans ses droits ; en conséquence, il faut admettre qu'elle peut légitimement se faire rembourser par le débiteur principal par voie subrogatoire, en bénéficiant, non seulement des droits préférentiels, mais aussi et surtout de tout droit exclusif ou potestatif du créancier payé. C'est donc dans les relations entre la caution et le débiteur principal que la théorie de la

---

<sup>1282</sup> P. CROCQ, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », préc., p. 171 et s. spéc. n° 11 et s. ; également, P. CROCQ, obs. sous Com., 30 janv. 2007, *RTD civ.* 2007, p. 595, spéc. p. 598.

subrogation doit d'abord être replacée dans l'intérêt de la caution (Section 1). A l'inverse, ce n'est qu'en cas de perte du droit préférentiel ou du droit potestatif par le manquement du créancier au devoir de sauvegarde du recours subrogatoire que la caution pourra invoquer utilement le bénéfice de subrogation lorsque la subrogation ne peut plus s'opérer, en sa faveur, par le fait potestatif du créancier (Section 2).

## **Section 1 – La sauvegarde du recours subrogatoire à la clôture de la procédure collective**

**686. Le principe de substituabilité.** Lorsque la dette principale est garantie à la fois par un cautionnement et par d'autres sûretés, la subrogation, analysée comme l'opération qui substitue une personne ou une chose à une autre, le sujet ou l'objet obéissant au même régime juridique que l'élément, confère à la caution un avantage censé lui permettre d'exercer plus efficacement son recours à l'encontre du débiteur qu'un simple droit de gage général. Si l'exception de non-subrogation constitue une cause d'extinction du cautionnement, en revanche, le champ d'application et les effets de la subrogation sont souvent moins perçus. Pour certains, il s'agit uniquement d'un transfert des garanties accessoires à la créance<sup>1283</sup>. Cette explication n'est pas satisfaisante car la subrogation transfère également la créance et cela pour deux raisons : d'une part, parce qu'en raison du paiement qu'elle effectue, la caution devient, même en dehors de toute subrogation, automatiquement et personnellement créancière du débiteur principal; d'autre part, du fait de son mécanisme<sup>1284</sup> en effet le subrogé peut bénéficier en plus des sûretés et autres accessoires, du titre exécutoire dont le créancier disposait.

**687.** Il s'ensuit qu'il s'agit non seulement de transfert d'action mais aussi des droits et garanties ou, encore, de tout avantage particulier même exclusif ou potestatif du créancier. La subrogation se révèle donc comme un mécanisme essentiel du cautionnement et renforce la protection de la caution qui peut valablement permettre de pallier les imperfections de la protection paralysée du caractère accessoire. La caution bénéficiera, par voie de conséquence, d'un recours subrogatoire transmis de plein droit qu'elle peut exercer dans la procédure de liquidation des biens et participer aux distributions et dividendes, renforçant ainsi son action en remboursement (Paragraphe 1). Mais ce recours est conditionné par l'existence des droits susceptibles de conférer un avantage particulier au créancier (Paragraphe 2).

---

<sup>1283</sup> A. PIEDELIEVRE, *Gaz. Pal.*, 25-27 sept. 1985, cité par J.-L. COURTIER, « Influence du droit des entreprises en difficulté sur celui du cautionnement », art. préc., p. 13 et s., spéc. p. 18.

<sup>1284</sup> J. DUCLOS, sous Com., 12 avril 1983, *JCP* 1984, II, 20237 ; J.-L. COURTIER, art. préc., p. 18.

## **Paragraphe 1 – Le renforcement de la protection de la caution par la reprise de l'action subrogatoire**

**688. Le cautionnement à la recherche de l'équilibre.** Dans la mesure où les créanciers recouvrent l'exercice de leur action individuelle, la caution devenue créancière par le paiement, est subrogée dans les droits et garanties du créancier poursuivant pour tout ce qu'elle a payé. Le mécanisme de la subrogation peut donc être perçu comme un véritable mécanisme d'allègement de la contribution définitive de la caution à la dette garantie. A travers la reprise des actions individuelles de tous les créanciers, y compris celles des cautions ayant payé la dette cautionnée, l'action en remboursement de la caution semble se renforcer davantage par le mécanisme de la subrogation dans les droits et actions du créancier. Mais l'exercice du recours subrogatoire est conditionné par l'existence d'une créance assortie d'un droit préférentiel.

**689.** La conciliation du droit des procédures collectives avec le cautionnement semble se manifester ainsi par la sauvegarde de l'action subrogatoire de la caution qui a payé la dette cautionnée. La possibilité d'exercice de cette action (A) dans la procédure de liquidation des biens a une portée certaine et indéniable pour l'équilibre du droit du cautionnement (B).

### **A – La possibilité d'exercice de l'action subrogatoire grâce à la reprise des poursuites individuelles**

**690. La transmission de plein droit des actions du créancier contre le débiteur à la caution par voie subrogatoire.** La préservation du recours subrogatoire, affirmait M. Crocq, est un des éléments permettant d'expliquer la jurisprudence relative à la confrontation du caractère accessoire du cautionnement et de l'application du droit des procédures collectives<sup>1285</sup>. En effet, l'action héritée peut être une action en paiement, une action en résolution d'un contrat ou, encore, une action en revendication d'un bien. Le recours de la caution contre le débiteur défaillant bénéficie de la subrogation dans les droits et actions du créancier. En reprenant l'article 251 du code sénégalais des obligations civiles et commerciales, la subrogation a lieu de plein droit au profit des personnes tenues avec d'autres ou pour d'autres, du créancier qui paie un autre créancier du débiteur d'un rang préférable au sien. A ce titre, la caution qui a payé le créancier peut légitimement prétendre hériter des droits préférentiels du créancier. Historiquement, en réalité, le bénéfice de cession d'actions avait été perçu comme une séquelle

---

<sup>1285</sup> P. CROCQ, art. préc., n° 11 et s. ; également, P. CROCQ, obs. sous Com., 30 janv. 2007, préc., p. 598.

de la subrogation légale de l'article 1251 du Code civil<sup>1286</sup>. Or, la subrogation ne crée pas une créance nouvelle, la dette du créancier n'étant pas éteinte, elle transfère seulement par le fait du paiement les droits du subrogeant au subrogé. A ce titre, l'opinion de M. Mestre selon laquelle « *le subrogeant quitte la scène juridique et le subrogé seul y est présent* » mérite d'être partagée<sup>1287</sup>. Il en découle que grâce à la subrogation, la caution recueillera non seulement la créance de l'*accipiens* mais encore les accessoires de celle-ci, c'est-à-dire, tous les avantages et inconvénients attachés à la créance principale<sup>1288</sup>.

**691.** Les créanciers munis de sûretés ayant pour assiette un bien déterminé du patrimoine du débiteur, que ce soit un meuble : droit de rétention, gage, nantissements sans dépossession, privilèges spéciaux ou un immeuble : hypothèques conventionnelles, hypothèques forcées, légales ou judiciaires, sont soumis à la discipline collective<sup>1289</sup>. Leurs droits de poursuite individuelle sont suspendus aussi bien en cas de règlement préventif qu'en cas de redressement judiciaire. Pour preuve, la Cour d'appel d'Abidjan a décidé dans un arrêt du 31 janvier 2003 que le droit de rétention ne pouvant s'exercer légitimement que si le bien retenu appartient au débiteur ; même dans ce cas, le règlement préventif auquel le débiteur est admis fait obstacle à l'exercice du droit de rétention<sup>1290</sup>.

**692.** Il résulte clairement de cette décision que la caution subrogée dans le droit de rétention ne peut l'exercer durant les procédures de sauvetage du débiteur. Toutefois, en cas de liquidation des biens, le droit de poursuite est suspendu seulement jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois suivant le jugement prononçant la liquidation des biens pour permettre au syndic de réaliser efficacement et rapidement l'actif mobilier et immobilier du débiteur. Après ce délai de trois mois, aux termes des articles 149 et 150 de l'AUPC, si le syndic n'a pas réalisé les biens concernés, les créanciers gagistes ou rétenteurs, nantis ou hypothécaires peuvent exercer ou reprendre l'exercice de leurs droits de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic. En conséquence, la reprise des poursuites individuelles peut permettre à la caution

<sup>1286</sup> R. J. Pothier, *op. cit.*, n° 519 ; R. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 12 et s.

<sup>1287</sup> J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, préc., n° 347.

<sup>1288</sup> Il peut s'agir de sûretés réelles ou personnelles ou, encore, d'action résolutoire : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 7 déc. 1983, *Bull. civ. I*, n° 291 ; *RTD civ.* 1984, p. 718, note J. MESTRE ; *Defrénois* 1985, p. 378, note J.-L. AUBERT : « *Le subrogé dispose de toutes les actions qui appartenaient au créancier, et qui se rattachaient à cette créance immédiatement avant paiement* » ; voir également, Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 4 mars 2004, *Bull. civ. II*, n° 89, reconnaissant à la caution subrogée le recours à la procédure d'injonction de payer ; mais la caution hérite également des inconvénients de la créance. M. CABRILLAC et Ch. MOULY (*op. cit.*, n° 231) affirment dans ce sens qu' « *en chaussant les bottes du créancier, la caution bénéficie des avantages et souffre de ses faiblesses* ».

<sup>1289</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, p. 254, n° 265.

<sup>1290</sup> Abidjan, 31 janv. 2003, arrêt n° 92, Dame Ghoussein Fadiga Malick ND c/ Société Alliance Auto, [www.ohada.com/ohadata](http://www.ohada.com/ohadata), J-03-226.

subrogée dans les droits et garanties du créancier, par l'exercice de son recours subrogatoire, d'alléger sa contribution définitive à la dette acquittée, en participant aux distributions du boni de liquidation dans un rang préférable à un créancier chirographaire. Néanmoins, cette action est subordonnée à l'existence d'un droit préférentiel.

### **693. Une action subordonnée à l'existence d'une créance garantie par un droit préférentiel.**

La question fondamentale qui se pose est celle de savoir si les droits ou garanties devaient exister au moment de la conclusion du cautionnement. Cette interrogation soulève le problème de l'incidence de la date de constitution du droit préférentiel sur l'action de la caution. La jurisprudence française suivie d'une partie de la doctrine avait admis que la caution ne pouvait se prévaloir du bénéfice de subrogation que si la sûreté ou le droit préférentiel était entré dans les prévisions contractuelles des parties<sup>1291</sup>. En réalité, la limitation des droits de la caution au seul moment de l'engagement peut introduire une distinction que la loi ne prévoit pas<sup>1292</sup>. Or, le droit uniforme n'étant qu'une reprise en grande partie des solutions du droit français, il est possible que les pas du juge dans l'espace OHADA suivent la trace laissée par son homologue français.

**694.** Ainsi si, en principe, les dispositions de l'article 20 AUS ne concernent que les sûretés constituées avant la conclusion du cautionnement ou en même temps que la prise de sûretés réelles et droits préférentiels, il en va autrement, lorsque la caution, au moment où elle s'est engagée, pouvait légitimement croire qu'une sûreté serait constituée par le créancier<sup>1293</sup>. Mais

---

<sup>1291</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 nov. 1977, *Bull. civ. I*, n° 435; Civ. 8 oct. 1980, *Bull. civ. I*, n° 249; Com., 8 oct. 1979, *Bull. civ. IV*, n° 245; Com., 11 janv. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 15; *RJDA* 6/1994, n° 693; *RTD civ.* 1994, p. 899, obs. M. BANDRAC ; le fondement de cette solution peut être recherché dans le consentement de la caution qui suppose que le garant s'est obligé en fonction des sûretés existant à la date de son engagement ; selon Ph. SIMLER (*op. cit.*, n° 836), cette restriction s'impose si on admet que l'article 2037, devenu article 2314 du Code civil exprime l'idée d'une condition implicite de l'engagement de la caution, censée s'être obligée en considération des autres droits et sûretés du créancier, susceptibles de lui profiter, le cas échéant par subrogation ; cette condition implicite ne pouvant concerner que les droits existants ou prévus par les parties ; de même, Ch. MOULY (thèse préc., n° 458) a soutenu que lorsque le bénéfice de cession d'actions s'interprète comme une déchéance légale, fondée sur les principes de bonne foi et d'équité, ces derniers justifient le partage parmi les droits préférentiels entre ceux qui seront couverts et ceux qui ne le seront pas par l'exception de subrogation ; en conséquence, lorsque la caution connaissait l'existence de droits préférentiels lorsqu'elle s'est engagée, la loyauté impose au créancier non seulement la conservation des droits préexistants, mais aussi l'inscription et la conservation des droits que le créancier s'est engagé à obtenir ; seulement, avec le caractère impératif du mécanisme de la subrogation, rien ne justifie cette restriction ; ainsi, la caution a vocation à être subrogé dans toutes les sûretés et les droits préférentiels appartenant au créancier, quels aient été le moment ou les circonstances de leur constitution.

<sup>1292</sup> En ce sens, G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *op. cit.*, n° 1179.

<sup>1293</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 fév. 1970, *Gaz. Pal.* 1970, 1, 210 ; *RTD com.* 1970, p. 461, n° 8, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 juin 1994, *RTD civ.* 1994, p. 906, n° 7, obs. M. BANDRAC ; *D.* 1994, IR, p. 137 ; *JCP G* 1994, IV, 1730 ; *RJDA* 1/1995, n° 60 : « justifie légalement sa décision au regard de l'article 2037 du Code civil, la cour d'appel qui pour débouter un prêteur de sa demande en remboursement de prêt dirigée contre la caution, retient que la caution pouvait légitimement croire à l'existence de la garantie prévue dans l'acte de prêt et constate que le prêteur n'a pas accompli les démarches nécessaires pour inscrire le nantissement sur le fonds de commerce » ; dans le même sens, Rouen, 30 janv. 1992, *RJDA* 6/1992, n° 628 : à la suite de la liquidation des biens d'une société, la caution poursuivie est déchargée, faute de la part de la banque de ne pas avoir constitué et publié

toute la question est alors de savoir à partir de quand il est possible d'admettre qu'une telle croyance légitime existait. Tel est bien sûr le cas lorsque la caution a subordonné son engagement à la prise de garanties supplémentaires<sup>1294</sup> ou lorsque le créancier s'est engagé à prendre lesdites garanties<sup>1295</sup> ou lorsque le contrat de prêt faisait état de la constitution de la sûreté<sup>1296</sup> ou, encore, lorsque le droit préférentiel « *apparaissait comme la conséquence nécessaire du contrat conclu entre le créancier et le débiteur principal* »<sup>1297</sup>. Seulement, la jurisprudence française considérait que « *la seule référence à la nature d'un prêt est insusceptible, en l'absence d'une mention figurant dans l'acte de cautionnement, ou dans un acte antérieur ou concomitant afférent à l'opération de crédit, de caractériser la croyance légitime dans le fait que le créancier prendrait d'autres garanties* »<sup>1298</sup>.

**695.** Aucune piste jurisprudentielle ne permet de faire un raisonnement en faveur de la caution en droit uniforme. Cependant, il importe de s'inspirer de l'évolution de la jurisprudence française en la matière dans le souci de protection de la caution. Par un revirement spectaculaire, la première chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que « *le prêteur de deniers, bénéficiaire du privilège institué par l'article 2374 du Code civil, s'oblige envers la caution à inscrire son privilège* »<sup>1299</sup>. En s'inspirant de cette décision, il convient d'admettre que la caution peut légitimement croire qu'une sûreté sera prise chaque fois que la constitution de celle-ci ne dépend que de la seule volonté du créancier pour préserver le recours subrogatoire et éviter ainsi de se voir opposer le bénéfice de subrogation par la caution.

---

son nantissement sur le matériel, sur le fondement de l'article 2037 du Code civil, au motif « *qu'elle avait pu légitimement penser au moment de son engagement que la banque avait pris toutes les garanties que la loi attache à sa créance* » ; Civ., 24 fév. 1982, *Bull. civ. I*, n° 89 ; *Deffrénois* 1982, art. 32972, p. 1628, obs. J.-L. AUBERT ; en revanche, en l'absence de toute mention figurant dans l'acte de cautionnement, les juges refusent la subrogation à la caution qui pourrait croire au moment de son engagement qu'elle serait subrogée dans les droits du créancier. Dans ce sens, Com., 15 fév. 2000, *Bull. civ. IV*, n° 28 ; *D. Aff.* 2000, AJ, obs. J. FADDOUL ; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 133, n° 4, obs. E. KERCKHOVE ; *RJDA* 4/2000, n° 480 ; Douai, 19 nov. 1998, *Rev. proc. coll.* 2000, p. 58, n° 8, obs. E. KERCKHOVE ; Paris, 7 mai 1996, *RJDA* 10/1996, n° 1236 ; *D.* 1996, p. 948 ; *RTD com.* 1997, p. 147, obs. A. MARTIN-SERF.

<sup>1294</sup> Com., 25 janv. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 30 ; *RJDA* 6/1994, n° 696 ; *RTD civ.* 1994, p. 905, obs. M. BANDRAC ; *Quot. Jur.* 1994, p. 38.

<sup>1295</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 oct. 1995, *Bull. civ. I*, n° 366 ; *Rev. proc. coll.* 1996, p. 231, n° 6, obs. E. KERCKHOVE et 1997, p. 201, n° 11, obs. B. SOINNE ; *D. Aff.* 1995, p. 176, n° 6 ; *JCP G* 1995, 2561 ; *D.* 1996, somm. com., p. 268, obs. L. AYNES ; dans le même sens, Com., 24 oct. 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, p. 231, n° 6, obs. E. KERCKHOVE et 1997, p. 201, n° 11, obs. B. SOINNE.

<sup>1296</sup> Dans le cas d'un gage de véhicule automobile : Com., 20 juill. 1973, *Bull. civ. IV*, n° 259 ; pour un gage de matériel d'équipement : Civ. 1<sup>re</sup>, 24 fév. 1982, *Bull. civ. I*, n° 89.

<sup>1297</sup> Com., 8 oct. 2003, n° 00-12. 418, cité par P. CROCQ, *RTD civ.* 2007, p. 595.

<sup>1298</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 29 fév. 2000, *D.* 2001, obs. L. AYNES.

<sup>1299</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2007, *D.* 2007, 1136 et s., obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP G* 2007, I, 158, n° 13, obs. Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 2007, 595, obs. P. CROCQ ; *D.* 2007, 1572, note D. HOUTCIEFF ; *RD bancaire et fin.* mai-juin 2007, 14, obs. A. CERLES ; *Banque et Droit*, n° 113, mai-juin 2007, 60, obs. N. RONTCHEVSKY.

## **B - La portée du recours subrogatoire sur l'engagement de la caution**

**696. La participation de la caution à la procédure de répartition des dividendes.** En cas de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif la caution subrogée dans les droits du créancier retrouve toutes les possibilités d'être remboursée<sup>1300</sup>. En effet, par principe, la caution qui a payé le créancier peut déclarer sa créance pour tout ce qu'elle a payé à la décharge du débiteur et le paiement intégral du créancier effectué par la caution après le jugement d'ouverture de la procédure prive le créancier de l'exercice de ses droits, lesquels sont exercés, au titre de la subrogation légale<sup>1301</sup>. La production de la créance payée autorisera la caution à participer à la procédure de répartition des dividendes et à profiter des sûretés réelles attachées à la créance garantie, lui permettant de cette manière, d'obtenir un meilleur paiement que si elle disposait d'une créance chirographaire.

**697. Une véritable action en réalisation d'une sûreté réelle héritée.** La caution peut bénéficier par subrogation d'une action en revendication d'un bien ou d'une action de levée d'option. Il peut même s'agir dans certains cas d'une véritable action en réalisation d'une sûreté réelle lorsque devenue créancière, elle procède à la vente d'un bien transmis par le créancier principal. Or, l'exercice du recours subrogatoire n'est nullement subordonné à un paiement intégral. En réalité, la caution peut n'avoir effectué qu'un paiement partiel ou son engagement peut ne garantir qu'une partie de la dette. Dans ces circonstances, la caution se trouvera en concurrence avec le créancier dans la poursuite du débiteur sur son patrimoine pour le paiement d'une fraction de la même créance.

**698. Le concours de la caution et du créancier.** La caution qui a fait un paiement partiel est comprise dans la même masse que le créancier cautionné. Par l'effet de la subrogation, la caution va conjointement prétendre avec le créancier aux garanties dont la créance est assortie, revenant en définitive, à imposer au créancier de partager avec la caution le bénéfice de ses propres garanties. Or, conformément à l'adage « *nemo contra se subrogasse videtur* », l'article 1252 du Code civil donne la préférence au créancier en vertu du principe que la subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie. Seulement, la doctrine n'est pas unanime sur la

---

<sup>1300</sup> Contrairement au droit français, voir C. SAINT-ALARY-HOUIN et B. SAINT-ALARY, « Le dirigeant caution », *Droit et patrimoine*, mars 1996, n° 87, p. 45 ; P. RUBELLIN, « Le recours personnel de la caution contre le débiteur en redressement judiciaire », art. préc., p. 17.

<sup>1301</sup> Cette solution est constante dans la jurisprudence française ; voir dans ce sens, Cass. com., 13 avr. 1999, *BRDA*, 10/1999, n° 695 ; *D. Aff.* 1999, p. 736 ; *D. Aff.* 2000, somm. com., p. 99, obs. A. HONORAT ; *RTD com.* 1999, p. 973, obs. A. MARTIN-SERF ; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 56, n° 5, obs. E. KERCKHOVE, *D. Aff.* 1999, p. 906, obs. V. AVENA-ROBARDET ; Com., 12 oct. 1999, *RJDA* 1/2000, n° 95 ; Com., 6 juin 2000, *RJDA*, 11/2000, n° 1047.

question du concours de la caution et du créancier. En effet, Planiol et Ripert, relayés par M. Simler, ont estimé que la subrogation ne doit nuire en aucune manière au créancier tant qu'il n'a pas reçu le paiement intégral de sa créance<sup>1302</sup>. Cependant, il peut arriver que la dette de la caution ne repose pas sur un bien précis pouvant conférer un avantage particulier au créancier. Or, à suivre le raisonnement des auteurs précités, la créance de la caution ne bénéficiera vraisemblablement jamais du privilège de la procédure. En revanche, Aubry et Rau, suivis plus tard par M. Picod, ont soutenu qu'une priorité ne doit être donnée au créancier que s'il est titulaire de sûretés précises garantissant le paiement de la créance et dont la caution entend tirer partie simultanément avec lui<sup>1303</sup>. Il faut admettre en tout état de cause que l'article 1252 du Code civil est une règle d'interprétation restrictive ayant vocation à ne s'appliquer que lorsque le créancier se trouve en concours avec la caution pour une fraction de la même créance sur un bien précis. En conséquence, la caution ne peut pas être admise à se prévaloir des sûretés garantissant la dette principale lorsque la créance cautionnée n'est pas entièrement payée au créancier. Cette solution se justifie aisément d'autant plus que le créancier qui a pris soin d'exiger une sûreté personnelle pour s'assurer une certaine sécurité juridique ne doit pas au moment de la poursuite du débiteur être victime de sa garantie en partageant avec le garant des sommes insuffisantes.

**699.** Pour cette raison, lorsque la subrogation est de nature à nuire aux intérêts du créancier, le concours de la caution réduisant ses chances d'obtenir un paiement de ce qui lui reste dû, le créancier sera conduit en pratique à insérer dans le contrat de cautionnement une clause de non concours. Ainsi, la caution peut conventionnellement accepter de ne faire valoir ses droits contre le débiteur principal qu'après le désintéressement intégral du créancier<sup>1304</sup>. Cette clause, en prévoyant l'impossibilité de concourir, imposera à la caution de renoncer à tout concours avec le créancier, à toute subrogation jusqu'à ce que la créance ait été remboursée par le débiteur dans son intégralité. Il s'ensuit que la caution qui a payé une partie de la dette ne pourra agir en remboursement contre le débiteur sur le fondement de l'action subrogatoire que lorsque le créancier sera totalement désintéressé. A cet égard, la clause de non concours aura pour effet non pas de supprimer le droit au remboursement de la caution mais seulement de le différer. En revanche, dès lors que la dette est entièrement payée, la caution pourra profiter des droits, actions et garanties appartenant au créancier.

<sup>1302</sup> M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique du droit civil français*, par SAVATIER, préc., n° 1541 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, préc., n° 592.

<sup>1303</sup> C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. VI, 6<sup>e</sup> éd., par BARTIN, g 321 et note 91 ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, sûretés, publicité foncière*, par Y. PICOD, préc., n° 51-3 ; J.-L. GUILLOT, obs. sous Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 1977, *JCP G* 1979, II, 19045 et *JCP N* 1980, II, 45.

<sup>1304</sup> Cass. com., 2 fév. 1999, *BRDA*, 5/1999, n° 16 ; *RJDA*, 4/1999, n° 471 ; *JCP E* 1999, chron. p. 811, obs. M. CABRILLAC ; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 56, n° 5, obs. E. KERCKHOVE ; *RTD com.* 1999, p. 973, spéc. p. 974, obs. A. MARTIN-SERF ; *D. Aff.* 1999, p. 312 et p. 636, obs. J. FRANCOIS.

**700. La nécessité d'un paiement valable et libératoire aux fins de subrogation.** Le paiement effectué pour être opposable au débiteur doit, conformément au droit commun, être valable et libératoire. Par conséquent, la caution peut perdre son recours, d'une part, lorsque le débiteur principal défaillant, dans l'ignorance du paiement effectué par la caution, paie une seconde fois<sup>1305</sup> et, d'autre part, lorsque la caution paie sans avoir été poursuivie et sans avertir le débiteur, mettant celui-ci dans l'impossibilité d'opposer des moyens dont il disposait pour faire déclarer la forclusion ou l'extinction de la dette<sup>1306</sup>. Le recours subrogatoire paraît dans une large mesure très favorable à la caution subrogée dans les droits du créancier qui est libre d'y renoncer, notamment lorsqu'elle se trouve prisonnière des affres des règles de la procédure collective, mais la subrogation suppose que la créance soit garantie par un droit préférentiel.

## **Paragraphe 2 - L'appréciation du droit transmissible à la caution par voie subrogatoire**

**701. La recherche de l'intérêt de la caution dans l'appréciation du droit transmissible.** La théorie de la subrogation, selon l'opinion partagée de M. Simler, vise moins le droit préférentiel que le droit susceptible de subrogation car « *ce qui est décisif, c'est moins la qualification du droit dont la perte est imputée au créancier que son aptitude à être transmis par subrogation* »<sup>1307</sup>. D'une façon classique, le mécanisme de la subrogation n'est envisageable que lorsqu'une créance est assortie d'une garantie ou d'un droit préférentiel du créancier (A). Cependant, le souci de protection de la caution mais aussi la nécessité de combler l'injustice de l'unilatéralité dépassée d'une sûreté en quête d'équilibre peut conduire à élargir le champ d'application de la subrogation pour embrasser tout droit susceptible de conférer un avantage particulier au créancier, indifférent aux affres de la procédure collective (B).

---

<sup>1305</sup> La caution qui a mal payé fait penser à la caution ayant payé mais néglige de produire à la procédure, laissant le créancier déclarer, sans bénéficier de son recours subrogatoire ; le créancier profitant de l'ignorance du débiteur de cette situation pour venir participer à l'apurement collectif. Mais la messe n'est pas dite pour la caution. En effet, elle dispose d'une action contre le créancier qui a accepté un double paiement ; il s'agit moins pour elle d'une action en répétition de l'indu, (d'autant plus qu'au moment de l'exécution de son engagement, la caution devait réellement paiement au créancier) que d'une action fondée sur le caractère accessoire et subsidiaire de son obligation.

<sup>1306</sup> La caution qui paie à l'insu du débiteur peut perdre son recours. Deux conditions doivent être réunies à cet effet : il faut que la caution ait négligé de prévenir le débiteur principal du paiement effectué par elle, et qu'elle se soit exécutée en dehors de toute poursuite du créancier. Dans ces conditions, il faut supposer que la caution qui a payé antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, sans avertir le débiteur, produise à la procédure sa créance, alors que le débiteur défaillant aurait pu opposer au créancier, une clause d'extinction de sa créance. La caution peut donc se voir sanctionnée de sa négligence par la déchéance de son recours contre le débiteur principal ; cependant, il lui reste ouverte une action en répétition de l'indu. Dans ce sens, Ph. SIMLER, *J. Cl. civil.* art. 2029, n° 81.

<sup>1307</sup> Ph. SIMLER, *op. cit.* n° 831 ; dans le même sens, M. ARTHOZOUL, thèse préc., n° 237, p. 252.

## A - Le cantonnement de la subrogation au droit préférentiel du créancier

**702. La subrogation de plein droit dans les droits préférentiels du créancier.** La lecture de l'article 20 de l'AUS autorise à soutenir que l'application de la subrogation reste cantonnée au « droit préférentiel » du créancier<sup>1308</sup>. Cette solution peut se comprendre par le souci d'éviter qu'une conception trop vaste des droits dont la caution peut se prévaloir ne fragilise la garantie en ouvrant outrageusement la voie à la décharge. La notion de droit préférentiel se définit principalement par rapport à celle de sûreté<sup>1309</sup>. Les idées de Pont se présentent comme la réincarnation de la conception classique de la subrogation au droit préférentiel du créancier. Il affirmait à son époque : « *Expliquons-nous maintenant sur les sûretés auxquelles l'article 2037 fait allusion. A cet égard, il faut dire, en thèse générale, que, dans la pensée de la loi, il s'agit de toutes les sûretés quelconques qui garantissent le paiement de la dette et au moyen desquelles la caution, subrogée aux droits du créancier, aurait pu se faire indemniser par le débiteur principal* »<sup>1310</sup>. Or, le mécanisme de la subrogation selon lequel la caution est subrogée dans tous les droits et garanties du créancier poursuivant pour tout ce qu'elle a payé<sup>1311</sup> suppose l'existence des droits et garanties susceptibles de subrogation.

**703.** En fait, le terme « garanties » édicté par le texte de l'article 20 AUS ne soulève pas de grande difficulté d'interprétation d'autant plus qu'il permet d'inclure dans la notion de garanties non seulement les garanties nommées conventionnelles, légales, judiciaires, réelles ou personnelles, mais également les garanties innommées. En revanche, le terme « droits » peut poser quelques difficultés. En effet, le droit transmis par subrogation suppose que le créancier est placé dans une situation privilégiée lui permettant d'échapper à la condition ordinaire de tout créancier chirographaire en lui assurant un paiement préférentiel. Pour reprendre l'article 252 code sénégalais des obligations civiles et commerciales, le subrogé bénéficie de tous les accessoires et sûretés attachés à la créance mais on peut être plus précis en pensant à la subrogation aux mécanismes préférentiels. Seulement, dans un souci de protection de la caution l'absence de définition et la généralité de l'expression amènent à se référer à l'apport de la doctrine et de la jurisprudence françaises qui ont interprété de manière extensive cette notion de « droits » du créancier.

<sup>1308</sup> Sur l'étude de cette notion, E. CORDELIER, « A propos de l'article 2037 du Code civil, observations sur le droit préférentiel », *RTD com.*, 2004, p. 667 et s.

<sup>1309</sup> L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2004, n° 282.

<sup>1310</sup> P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IX, 1867, n° 373, p. 183 ; P. PONT, *Traité des petits contrats*, Tome II, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Delamotte et fils, Librairies éditeurs, 1878.

<sup>1311</sup> Article 20 AUS.

**704. L'apport de la doctrine.** Les droits préférentiels sont assimilés à des avantages conférés au droit de gage général dont dispose tout créancier chirographaire<sup>1312</sup>. Des auteurs, notamment Mouly, d'abord, et Simler, ensuite, ont considéré que cette expression vise tout droit susceptible de conférer à son titulaire une facilité plus grande dans la perception de sa créance<sup>1313</sup>. A ce titre, le droit transmis est envisagé comme une sorte de « droit préférentiel », signifiant un avantage détenu par le créancier mais supérieur au droit de gage général que possède tout créancier chirographaire sur le patrimoine du débiteur. Cette façon de concevoir les droits transmis à la caution permet de renforcer les mécanismes de réduction de sa contribution définitive à la dette qui ne subissent pas l'influence du droit des procédures collectives.

**705. La contribution de la jurisprudence.** La catégorie des droits préférentiels n'étant pas exactement superposable à celle de sûreté, une tendance à la protection des cautions a, en effet, conduit la jurisprudence française à en élargir les contours. Ainsi, loin de poser des limites contraignantes, elle décide souvent que le droit susceptible d'être transmis à la caution doit être de nature à conférer au créancier pour le recouvrement de sa créance un avantage que ne comportait pas son droit de gage général<sup>1314</sup>.

**706. La consécration du droit préférentiel dans la propriété retenue à titre de garantie.** La qualité de propriétaire a été assimilée à la catégorie des droits préférentiels<sup>1315</sup>. Il en va de même pour le droit de rétention<sup>1316</sup>. En effet, la propriété retenue à titre de garantie qui permet au créancier de retenir un bien appartenant à son débiteur et de le retenir jusqu'à complet paiement de sa créance constitue un droit préférentiel, pouvant renforcer la protection de la caution grâce au mécanisme de la subrogation. Traditionnellement attaché aux biens corporels, qu'ils soient meubles ou immeubles, le droit de rétention reconnu aux biens mixtes peut avoir un domaine étendu indéniablement aux biens incorporels et plus particulièrement aux créances. La rétention d'une créance en compte a été autorisée par un arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan le 7 mars

---

<sup>1312</sup> Parmi tant d'autres, D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2004, n° 280 ; la disparition d'un cautionnement ou le privilège du vendeur de meubles permettent ainsi le jeu de la subrogation ; dans ce sens : com., 22 juin 1970, *Bull. civ. IV*, n° 210 ; com., 24 janv. 1979, *Bull. civ. IV*, n° 33.

<sup>1313</sup> Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préc., n° 411 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, préc., n° 823.

<sup>1314</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1984, *Bull. civ. I*, n° 111 ; com., 10 mai 1994, *RJDA* 10/1994, n° 1060 : en l'espèce, la chambre commerciale a repoussé la demande d'une caution poursuivie en paiement par une banque à la suite de la liquidation des biens d'une société, qui reprochait à la cour d'appel d'avoir rejeté l'exception fondée sur l'ancien article 2037 du Code civil, au motif que les droits visés par cet article ne s'appliquent pas au droit de gage général ; Com., 8 juin 1999, *Rev. proc. coll.* 2000, p. 58, n° 8.

<sup>1315</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 juill. 2001, n° 98-22. 479, inédit ; Com., 14 fév. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 41 ; D. 1996, somm. p. 218, obs. F. PEROCHON ; *RTD com.* 1997, p. 145, obs. A. MARTIN-SERF.

<sup>1316</sup> Com., 25 nov. 1997, *D.* 1998, Jur. p. 232, note J. FRANCOIS ; *RTD com.* 1999, p. 192, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E* 1998, p. 1596, obs. Ph. SIMLER.

2000<sup>1317</sup>. D'après le juge ivoirien, le lien de connexité exigé par l'article 42 de l'AUS étant établi en raison des relations d'affaires entre les parties, le créancier peut exercer le droit de rétention. Ainsi, décide la Cour, le banquier envers qui un de ses clients s'est porté caution pour garantir les engagements du débiteur principal lui-même également client de la même banque peut sur la base des relations d'affaires unissant ces trois personnes refuser d'honorer un chèque émis par la caution sur un de ses comptes personnels gérés par la banque créancière. *A contrario*, le créancier peut retenir la créance dans le cadre d'une compensation ou d'une créance en compte courant du débiteur défaillant en compte personnel et la transmettre à la caution par subrogation. Le droit de rétention ainsi consacré par le droit uniforme aux articles 41 et suivants de l'AUS confère au créancier la situation d'un créancier gagiste aussi bien pour le droit de suite que pour le droit de préférence avec une originalité notable relativement au droit antérieur où le créancier rétenteur ne pouvait que retenir la chose sans possibilité d'en diligenter la vente et perdait sa sûreté dès qu'il se dessaisissait du bien.

**707.** A ce titre, le droit de rétention en investissant le rétenteur d'un droit de préférence<sup>1318</sup> s'inscrit dans les prévisions de la subrogation susceptible d'être transmis à la caution<sup>1319</sup>. En réalité, un arrêt du 8 juillet 1913 avait déjà jugé que le droit de rétention figure parmi les droits cités par l'article 2037 du Code civil<sup>1320</sup>. Dans un autre arrêt relativement récent, le juge français a réaffirmé la solution de la possibilité de subrogation en décidant que « *le droit de rétention confère à son titulaire le droit de refuser la restitution de la chose légitimement retenue jusqu'à*

<sup>1317</sup> Abidjan, 7 mars 2000, *Rev. Ecodroit*, AIDD, n° 1, juill.-août, 2001, p. 35 ; *Bull. Juris OHADA*, n° 1/2002, janv.-mars 2002, p. 35). ; sur l'ensemble de la question, voir, A. S. ADJITA, « Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme OHADA », *Penant*, n° 844, juill.-sept. 2003, p. 279 et s. ; M. BROU KOUAKOU, « Le droit de rétention en droit ivoirien : conditions d'exercice et prérogatives du rétenteur à propos de l'affaire Société SATZ Mali/ Société Incart FIAT », *Etudes Offertes à J. ISSA-SAYEGH*, AIDD, 2006, p. 90 ; J. ISSA-SAYEGH, « Le droit de rétention en droit sénégalais », *Mélanges Claude FREYRIA*, p. 69 et s. ; *Penant*, n° 810, oct.-déc. 1992, p. 261 et s. ; J. Cl. JAMES, « Le droit de rétention en droit uniforme africain », in *Afrique juridique et politique*, Revue du CERDIP, Libreville, vol. 1, n° 2, juill.-déc. 2002, p. 3 ; J.-C. OTOUMOU, « Le droit de rétention en droit OHADA », *Penant*, n° 838, p. 75 ; Z. ZERBO, « Le droit de rétention dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA : étude comparative », *Penant*, n° 836, mai-août 2001.

<sup>1318</sup> Sur le débat, certains auteurs (Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 480) ont admis la reconnaissance d'un paiement préférentiel d'un rétenteur; d'autres (M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, 5<sup>e</sup> éd., 1999, n° 539 ; N. CATALA, « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD civ.* 1967, p. 9 et s., n° 29) voyaient plutôt un droit de nature personnelle consistant en un terme suspensif de l'obligation de restitution ; d'autres enfin (Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Sûretés, publicité foncière*, 9<sup>e</sup> éd., préc., n° 452) avaient estimé que le débat sur la qualification du droit de rétention est vain. La jurisprudence pour sa part était hésitante. C'est ainsi que la première chambre civile de la cour de cassation française (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janv. 1992, *Bull. civ.*, I, n° 4 ; *JCP E* 1992, I, 143, n° 16, obs. Ph. DELEBECQUE) avait jugé que le « *droit de rétention d'une chose, conséquence de sa détention, est un droit réel opposable à tous, même aux tiers non tenus de la dette* », tandis que la chambre commerciale (Com., 20 mai 1997, *Bull. civ.* IV, n° 141 ; *RJDA* 10/1997, n° 1263 ; *RTD civ.* 1997, p. 707, obs. P. CROCQ ; *Defrénois*, 1997, p. 1427, obs. L. AYNES ; *D.* 1998, somm. com. p. 102, obs. S. PIEDELIEVRE) précisait que le « *droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage* » ; sur la déclaration du droit de rétention à la procédure, il a été jugé (Com., 9 juin 1998, *D. Aff.* 1998, p. 1104) que le rétenteur n'avait pas à faire état de son droit lors de la production de sa créance.

<sup>1319</sup> Dans ce sens, M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », préc., p. 31.

<sup>1320</sup> Cass. civ., 8 juill. 1973, *DP* 1914, I, p. 241 ; civ., 27 nov. 1973, *Bull. civ.*, I, n° 322 ; *D.* 1974, IR, p. 37.

*complet paiement de la créance, même en cas de redressement ou de la liquidation judiciaires du débiteur, et que la perte de ce droit nuit aux cautions »*<sup>1321</sup>.

**708.** Il en découle que concrètement le droit de rétention est un droit transmissible par subrogation à la caution à moins que celle-ci ne réclame pas la remise de la chose retenue entre ses mains. Cette solution ne protège quand même pas efficacement la caution. En réalité, le rétenteur impayé, auquel l'article 43 de l'AUS accorde les droits de suite et de préférence attachés au gage ne peut revendiquer le report de son droit de rétention sur le prix et profiter ainsi d'un paiement hors concours lorsque la chose est vendue sur l'initiative d'un tiers mais doit se contenter d'un droit de préférence qui n'est pas de premier rang. Mais au-delà des sûretés qui confèrent un droit préférentiel, le terme de « droits » peut permettre d'étendre le champ d'application de la subrogation aux hypothèses de « droit exclusif » dont le créancier était doté et qu'il devait sauvegarder dans l'intérêt de la caution.

## **B - L'extension de la subrogation aux droits conférant un avantage particulier au créancier**

**709. La catégorie des « droits exclusifs » et « droits potestatifs » conférant un avantage particulier au créancier.** La stigmatisation de l'exercice d'une faculté et l'impossibilité de la subrogation dans un « droit exclusif » sont, comme a pu le souligner M. Houtcieff, « *l'avers et l'envers d'une même médaille, comme la perte d'une sûreté a son reflet dans l'impossibilité d'être subrogé dans un "droit préférentiel"* »<sup>1322</sup>. Du reste, le droit exclusif et le droit préférentiel ont un trait commun : l'un et l'autre confèrent un « avantage particulier » au créancier<sup>1323</sup>. A la différence du droit préférentiel, cet avantage ne devrait pas consister en une prérogative s'ajoutant au droit de gage général mais « *gésir tout entier dans "l'exclusivité"* »<sup>1324</sup>. L'exclusivité évoque donc la propriété : elle est donc définie dans ce cadre comme « *un pouvoir d'exclure* » grâce auquel son titulaire « *peut en toute liberté et sans autres*

<sup>1321</sup> Cass. com., 25 nov. 1997, *RJDA* 4/1998, n° 516 ; *D.* 1998, p. 232, obs. J. FRANCOIS ; *JCP E* 1998, 149, n° 6, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; *RTD com.* 1999, p. 192, obs. A. MARTIN-SERF ; *D.* 1998, IR, p. 3. J. FRANCOIS (*D.* 1998, p. 232) avait fait observer que pour que la caution subrogée apprécie l'étendue des droits transmissibles par subrogation, elle doit vérifier que le détenteur soit titulaire du droit de rétention, impliquant que le droit de rétention n'existe que si l'on constate la détention d'une chose, une créance à garantir et l'existence d'un lien de connexité entre la créance réclamée et la détention de la chose.

<sup>1322</sup> D. HOUTCIEFF, « Une extension du champ d'application du bénéfice de subrogation », note sous Com., 3 mai 2006, *D.* 2006, p. 1693 et s. spéc., p. 1695, n° 14 ; du même auteur, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », *RTD civ.* 2006, p. 191 et s.

<sup>1323</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 1984, *Bull. civ.* I, n° 111.

<sup>1324</sup> D. HOUTCIEFF, art. préc. *D.* 2006, p. 1695, n° 14.

*limites que celles résultant de la loi, retirer les utilités de la chose* »<sup>1325</sup>. En conséquence, au-delà des droits réels, les « droits exclusifs » font songer à la notion de droit d'option ou plus généralement de « droits potestatifs », entendus comme des « *pouvoirs par lesquels leurs titulaires peuvent influencer sur les situations juridiques préexistantes en les modifiant, les éteignant ou en en créant de nouvelles au moyen d'une activité propre unilatérale* »<sup>1326</sup>.

**710.** Cette analyse confirme aisément l'opinion de M. Najjar selon laquelle la déchéance du créancier en cas de non subrogation « *est le remède à la paralysie résultant du non-exercice d'un droit potestatif* »<sup>1327</sup>. Il en découle que l'acculturation des droits exclusifs dans le champ de la subrogation peut permettre d'étendre les bornes de son applicabilité pour englober le droit d'invoquer une clause de réserve de propriété (1), la faculté de notifier la cession de créances professionnelles ou de cession de créance à titre de garantie qui constituent, en effet, moins des sûretés que des droits exclusifs, source d'avantage particulier (2).

### **1- La transmission de la propriété utilisée à titre de garantie**

**711. La position du problème.** En ramenant la question de la subrogation de la caution au contexte précis de la propriété utilisée à titre de garantie, une précision s'impose. En effet, la filiation remarquable de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés avec le droit français, mieux la reprise des règles classiques ou des solutions acquises en jurisprudence, n'a certainement pas permis d'envisager les sûretés-propiétés, chères au droit anglais et au droit allemand<sup>1328</sup>. En réalité, la propriété utilisée à titre de garantie, c'est-à-dire, la réserve de propriété, n'apparaît qu'ailleurs, dans la législation sur la vente et celle portant organisation des procédures collectives. Cependant, la propriété transmise à titre de garantie, c'est-à-dire, la fiducie-sûreté, n'apparaît nulle part. Cette reprise de la jurisprudence, précisait M. Grimaldi, est intéressante toutes les fois où elle n'était pas évidente, soit que la solution ne fût acquise qu'au terme d'une controverse encore proche, soit qu'elle résultât de textes anciens critiqués par

---

<sup>1325</sup> F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 1997, n° 90 ; dans le même sens, D. HOUTCIEFF, art. préc., n° 15.

<sup>1326</sup> I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préface de P. RAYNAUD, LGDJ, 1967, n° 99.

<sup>1327</sup> I. NAJJAR, thèse préc., n° 251 ; D. HOUTCIEFF, art. préc., n° 15, p. 1696 ; dans le même sens, J. ROCHFELD (« Les droits potestatifs accordés par le contrat », *Études offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 747 et s.) estime que les droits potestatifs sont généralement considérés comme insusceptibles d'abus ; or, D. LEGAIS (*Sûretés et garanties du crédit*, préc., n° 280) affirme que la caution ne peut se prévaloir de la perte d'un droit discrétionnaire ; cette dernière analyse est contestable, car les droits discrétionnaires sont de nos jours en voie de disparition.

<sup>1328</sup> M. GRIMALDI, « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », art. préc., p. 31 et 33.

certain ; mais elle surprend lorsqu'elle ne s'accompagne pas des éclaircissements que l'on pouvait attendre<sup>1329</sup>.

**712.** L'éclaircissement manqué en droit OHADA réside justement dans l'absence de la consécration de la propriété utilisée à titre de garantie alors même que la transmission par subrogation de la propriété réservée a suscité de vives polémiques aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. Cependant, il faut admettre que la réserve de propriété est une garantie que se ménage le vendeur en stipulant que le transfert de la propriété ne se produira qu'au moment où le prix est intégralement payé et en cas d'insolvabilité de l'acquéreur, le vendeur revendiquant la chose, la caution qui a désintéressé le vendeur a le droit d'être subrogée.

**713. Le contrat de « work and pay » et la clause de réserve de propriété à l'épreuve de la subrogation.** La clause de réserve de propriété est celle par laquelle un vendeur, en vue de « garantir sa créance de façon efficace », se réserve la propriété de la chose vendue jusqu'au paiement intégral du prix par l'acheteur. Ainsi, à l'égard de telles clauses, on a observé un balancement entre l'hostilité et l'admission<sup>1330</sup>. Il s'ensuit donc à travers cette définition que la réserve de propriété est une véritable garantie<sup>1331</sup>. Le législateur OHADA a complètement ignoré cette sûreté dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Il s'est borné, comme l'a relevé M. Sossa<sup>1332</sup>, à l'évoquer relativement à son inscription au RCCM<sup>1333</sup>, au délai d'opposabilité de cette inscription<sup>1334</sup>, au transfert de propriété dans la vente<sup>1335</sup> et à l'action en revendication du propriétaire en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens<sup>1336</sup>. Aux termes de l'article 103, alinéa 2, de l'AUPC, peuvent être revendiqués les marchandises et les objets mobiliers, s'ils se retrouvent en nature, vendus avec « une clause subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix, lorsque cette clause a été convenue entre les parties dans un écrit et a été régulièrement publiée au Registre du commerce et du crédit mobilier ».

**714.** En dehors de tout débat sur la nature juridique de cette clause en droit uniforme, il faut souligner que pendant longtemps les clauses de réserve de propriété jusqu'à complet paiement du prix qui n'ont pas produit leurs effets à la date du jugement d'ouverture étaient paralysées par la

<sup>1329</sup> M. GRIMALDI, art. préc., p. 31 et 33.

<sup>1330</sup> F. M. SAWADODO, *op. cit.*, n° 241.

<sup>1331</sup> D. C. SOSSA, « Contribution à l'étude de la nature juridique de la clause de réserve de propriété », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives (R. B. S. J. A.)*, n° 16, 2006, p. 3 et s.

<sup>1332</sup> D. C. SOSSA, art. préc., p. 3.

<sup>1333</sup> Article 19 AUDCG.

<sup>1334</sup> Article 63 AUDCG.

<sup>1335</sup> Article 284 AUDCG.

<sup>1336</sup> Article 103, alinéas 2, 3 et 4, de l'AUPC.

survenance de la procédure collective. La Cour de cassation française, sous l'empire des textes rendus applicables aux colonies, décidait que la revendication se heurte « à cette règle de droit qui interdit au vendeur de marchandises ou de matériel commercial de reprendre, au préjudice de la faillite, les choses livrées antérieurement par l'exécution d'une vente même conditionnelle et devenues, par leur entrée dans les magasins de l'acquéreur, des éléments de la solvabilité apparente de celui-ci »<sup>1337</sup>. Cette jurisprudence n'a été renversée que par la loi 80-335 du 12 mai 1980, dite loi Dubanchet, dont la solution a été conservée par la loi du 25 janvier 1985, notamment son article 121, alinéa 2, ex article L. 621-122 du code de commerce, qui autorise à invoquer en présence d'une procédure collective le bénéfice de la clause de réserve de propriété.

**715.** Cette solution a subi des modifications de la loi du 10 juin 1994 et celle du 1<sup>er</sup> juillet 1996. Il en résulte que « peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. Cette clause, qui peut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison. Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écartier ou de la modifier ». M. Sawadogo précise que c'est dans la même mouvance que se situe l'Acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives dont la seule spécificité notable est de conditionner la validité des clauses de réserve de propriété à leur publication régulière au RCCM (article 50 et 60 AUDCG). Du reste, les marchandises ou objets mobiliers doivent se trouver en nature et que la clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit<sup>1338</sup>.

**716.** En pratique, le contrat par lequel une personne (l'acquéreur) se fait acheter des taxi-motos ou des taxi-autos par une autre personne (le vendeur) qui se fait rembourser sur le travail effectué par l'acquéreur pendant un délai prévu peut conduire à revenir sur la clause de réserve de propriété à titre de garantie d'autant plus qu'il est généralement inséré dans ce type de contrat que l'acquéreur ne deviendra propriétaire de la chose qu'après le remboursement intégral du prix. En cas de défaillance de l'acquéreur la caution étant souvent poursuivie, la question qui se pose est celle de savoir si la clause de réserve de propriété peut être transmise à la caution pouvant l'autoriser à exercer une action en revendication ou en restitution du bien contre l'acquéreur défaillant. En réalité, la réserve de propriété constitue l'accessoire de la créance du

<sup>1337</sup> Civ., 28 mars et 22 oct. 1934, *D.* 1934, 1, 151, note VANDAMME.

<sup>1338</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 248.

vendeur lui garantissant le paiement du prix<sup>1339</sup>. En ramenant la question à la règle de l'accessoire qui doit suivre le sort du principal, il faut soutenir que la réserve de propriété, accessoire à la créance et servant de garantie<sup>1340</sup> peut être transmise avec la créance acquittée sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le vendeur et le tiers subrogé. Il s'ensuit que la propriété réservée est un droit qui appartient au créancier et qui garantit la créance, susceptible d'être transmise à la caution qui a désintéressé le vendeur. En effet, le paiement effectué par la caution éteint la créance à l'égard du vendeur mais elle survit par voie subrogatoire au profit de la caution subrogée avec les droits et les actions qui lui sont attachés, parmi lesquels figure l'action en revendication. En conséquence, après la mise en liquidation des biens de la société acheteuse, la caution poursuivie par un vendeur de matériel qui a stipulé à son profit une clause de réserve de propriété pour le paiement de la créance résiduelle en prétendant être déchargée de son engagement doit être « *fondée à se prévaloir de la décharge lorsque le créancier, n'ayant pas exercé la revendication dans le délai, a privé la caution d'un droit qui pouvait lui profiter* »<sup>1341</sup>.

**717. L'extension de la propriété réservée à la valeur de la chose par la règle de substituabilité.** Si la clause de réserve de propriété est un droit sur lequel la caution peut compter, encore faut-il que le créancier ait été bénéficiaire de ladite clause, en la révenant<sup>1342</sup>, autrement dit, en établissant son droit de propriété sur le bien dans le délai légal. Il est souhaitable qu'il produise la créance en mentionnant la clause de réserve de propriété. Au fond, l'action en revendication n'est en principe accordée que dans l'hypothèse des marchandises vendues et se trouvant en nature au moment de l'ouverture de la procédure

---

<sup>1339</sup> Cass. com., 11 juill. 1988, *Banque* 1988, p. 932 (1<sup>re</sup> espèce), obs. J. L. RIVES-LANGE ; *RTD com.* 1988, p. 698, n° 6 (1<sup>re</sup> espèce), obs. A. MARTIN-SERF ; *RTD com.* 1988, p. 656, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE. En l'espèce, après avoir admis la propriété accessoire de la créance au profit du subrogé, la cour a étendu le bénéfice au porteur de la lettre de change, autre mode de transmission d'une créance, entraînant lui aussi le transfert automatique de la réserve de propriété. Les commentateurs ont fait observer que la même règle devait s'appliquer à la cession de créance par bordereau Dailly. A cet égard, le banquier cessionnaire Dailly pouvait invoquer la réserve de propriété accessoire du prix de vente.

<sup>1340</sup> On avait déduit de ce caractère accessoire de la créance la qualité de sûreté alors que si toute sûreté est en principe l'accessoire d'une créance, l'inverse n'est pas forcément vrai ; la notion d'« accessoire » étant plus large que celle de « sûreté ». Ph. DUPICHOT (« Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2006, suppl. n° 7, p. 17) a pu affirmer qu'il s'agit d'une « *inféodation du père de tous les droits réels au service d'un simple droit personnel que le droit de propriété est appelé à suivre comme son ombre (...)* ».

<sup>1341</sup> Cass. com., 11 juill. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 237 ; *Gaz. Pal.* 1988, 2, p. 672 ; *JCP E* 1988, I, 17804 ; *JCP G* 1998, IV, p. 336 ; *D.* 1988, IR, p. 240 ; *Banque* 1988, p. 932 (2<sup>e</sup> espèce), obs. J. L. RIVES-LANGE ; *RTD com.* 1988, p. 698, n° 6, obs. A. MARTIN-SERF (2<sup>e</sup> espèce) ; *Rev. proc. coll.* 1995, p. 29, n° 29, obs. B. SOINNE. Dans le même sens, Versailles, 1<sup>er</sup> déc. 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, p. 494, n° 5, obs. E. KERCKHOVE ; *D. Aff.* 1996, p. 263, n° 6 ; Paris, 21 janv. 1992, *RJDA* 1992, 6/92, n° 628 (2<sup>e</sup> espèce) ; Com., 31 mai 1994, *RJDA* 1994, 11/94, n° 1194.

<sup>1342</sup> Cass. com., 14 juin 1994, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 490, n° 30, obs. B. SOINNE ; *Dr. soc.* 1994, comm. n° 153, obs. Y. CHAPUT ; *Defrénois* 1995, p. 96, note S. PIEDELIEVRE ; *RJDA* 1994, 12/94, n° 1347 ; Com., 27 fév. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 68 ; *RJDA* 5/1996, n° 678 ; *Defrénois* 1996, art. 36358, p. 809, note L. AYNES ; *D.* 1996, somm. com. p. 269, note L. AYNES ; *Banque*, 1996, p. 70, note J. L. GUILLOT ; *JCP G* 1997, I, 3991, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; *Rev. proc. coll.* 1996, p. 496, n° 7, obs. E. KERCKHOVE ; *RTD civ.* 1996, p. 437, note P. CROCCO ; *RJDA* 11/94, n° 1194 ; *Rev. proc. coll.* 1995, p. 221, n° 29, obs. B. SOINNE.

collective. Néanmoins, on peut s'interroger sur le sort des biens fongibles, incorporés, sinistrés et enfin la revente des biens réservés. Il importe d'admettre que le principe de substituabilité pourra fortifier la garantie et par ricochet, sa transmission en conférant à son bénéficiaire qu'est la caution subrogée un véritable droit sur la valeur. La question de la possibilité de subrogation peut aussi rebondir en ce qui concerne le contrat de crédit-bail.

**718. Le droit exclusif d'option dans le contrat de crédit-bail.** Le droit uniforme traite le crédit-bail comme une sûreté mobilière à l'article 61 du titre III de l'AUDCG intitulé « Inscription des sûretés mobilières ». Le législateur n'a pas réglementé son régime juridique mais la location-vente et le crédit-bail malgré leurs spécificités permettent en principe, comme les locations ordinaires, l'exercice du droit de revendication. L'action en revendication s'exerce selon les règles prévues par les articles 20 à 26 de l'AUVE, à savoir la procédure d'injonction de délivrer ou de restituer, selon celles prévues par les articles 219 à 226 sur la saisie-appréhension et celles prévues aux articles 227 à 235 sur la saisie-revendication. Toutes ces procédures sont suspendues en cas d'ouverture d'une procédure collective et ne reprennent ou ne sont exercées que lorsque la production de la revendication est repoussée conformément aux dispositions des articles 75, 88 et 89 de l'AUPC. En référence à l'article 88, alinéa 2, de l'AUPC, toute personne intéressée, notamment la caution a le même droit dans les mêmes conditions. Dans l'hypothèse du crédit-bail dans l'acquisition des biens d'une entreprise défaillante, la question qui se pose est celle de savoir si les solutions de la réserve de propriété peuvent être transposées à la caution du crédit-preneur alors même que le crédit-bailleur n'a qu'un droit d'option.

**719.** En réalité, la défaillance du crédit-preneur est le principal risque pour l'établissement financier. En temps normal, elle se soldera généralement par la mise en œuvre de la clause résolutoire classiquement insérée dans ce type de contrat, une résiliation débouchant elle-même sur une revendication de la propriété par le crédit-bailleur susceptible de profiter à la caution<sup>1343</sup>. Mais c'est surtout en cas de procédure collective de l'utilisateur que l'intérêt de cette propriété-garantie prend toute son ampleur. En effet, si le crédit-bailleur a pris la peine de procéder aux publications requises par l'article 61 AUDCG avant l'ouverture de la procédure, il lui sera ouvert une action en restitution qui tend à la reprise matérielle du bien. En droit français, en l'absence de consécration légale, l'assimilation du crédit-bail à une sûreté a divisé la

---

<sup>1343</sup> HERBOTS, « Réflexions à propos de la nature du leasing, avant-contrat innomé, typique et fiduciaire », note sous cass. belge, 17 juin 1993, *Revue critique de la jurisprudence belge*, 1996, p. 227, n° 37 et s.

doctrine<sup>1344</sup>. Elle est également partagée sur la question de transposition du régime de la clause de propriété au crédit-bail.

**720.** Pour une partie de la doctrine représentée par MM. Cabrillac, Mouly et Perochon, l'acheteur dans la propriété réservée ayant vocation à devenir propriétaire, le transfert s'opère définitivement au moment où le prix est intégralement payé de sorte que la caution de l'acheteur est investie, lorsqu'elle désintéresse le vendeur, du bénéfice de la clause de réserve de propriété parce qu'elle est accessoire du prix. En revanche, pour ces auteurs, dans le contrat de crédit-bail la propriété est un droit qui appartient au vendeur pendant la durée de la location et même à l'arrivée du terme si l'utilisateur qui a l'option n'a pas choisi de devenir propriétaire. En outre, la propriété du crédit-bail ne garantissant pas les créances sur l'utilisateur, puisque le crédit-bailleur peut en cas de défaillance de celui-ci, reprendre la disposition de la chose, la propriété n'étant pas mise au service d'une créance de remboursement, ne peut donc être considérée comme l'accessoire de la créance<sup>1345</sup>. A ce titre, le paiement ne déclenchant pas le transfert de propriété, il est difficile d'admettre que la caution devienne par le paiement des loyers dus par le crédit-preneur, propriétaire par subrogation des biens loués de sorte que l'on peut s'interroger sur la nature du droit dont elle pourrait profiter<sup>1346</sup>.

**721.** Cependant, une autre position favorable au sort de la caution et défendue par MM. Martin-Serf et Kerckhove considère que le régime du crédit-bail doit être aligné sur celui de la réserve de propriété. Pour ces auteurs, si le crédit-bail implique que la chose louée reste la propriété du crédit-bailleur et que ce droit n'existe pas à l'encontre du débiteur, on peut admettre que les parties conviennent que le droit de propriété retenu par le vendeur garantira la créance du débiteur. En conséquence, la caution qui aura désintéressé le vendeur doit pouvoir compter sur ce droit transmis par subrogation<sup>1347</sup>. Si l'action en revendication est de celles dont la caution peut bénéficier par voie subrogatoire toutefois, « l'absence de revendication par le crédit-bailleur dans le délai de l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 a pour effet, non pas de rendre irrecevable la demande en paiement dirigée contre la caution du preneur, mais de décharger

---

<sup>1344</sup> Certains, notamment, Ch. MOULY, (« Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Mélanges R. ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 529 et s.), se fondant sur la fonction économique d'une sûreté en ont conclu qu'il en avait la nature juridique ; or, le droit de propriété n'est pas spécialement affecté à la créance de loyers du crédit-bailleur. Il est vrai qu'en cas de défaillance du crédit-preneur, la possible résiliation du contrat permettra certes la restitution du bien entre les mains de son propriétaire, mais il demeurera créancier des loyers impayés, voir de l'indemnité issue de la clause pénale. Pour Ch. ALBIGES et M.-P. DUMONT-LEFRAND (*Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 650), cette reprise du bien ne saurait être considérée comme la résiliation d'une sûreté.

<sup>1345</sup> M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 535 ; M. ARTHOZOUL, thèse préc., n° 230.

<sup>1346</sup> Dans ce sens, F. PEROCHON, *D.* 1996, somm. com., p. 218.

<sup>1347</sup> A. MARTIN-SERF, obs. sous com., 14 fév. 1995, *RTD com.* 1997, p. 146 ; E. KERCKHOVE, obs. sous com., 14 fév. 1995, préc., *Rev. proc. coll.* 1995, p. 329, n° 7.

*celle-ci de tout ou partie de son obligation dans la limite des droits dont elle est privée, faute de subrogation* »<sup>1348</sup>.

**722.** Il est vrai que le droit uniforme ne rend pas la publicité du contrat de crédit-bail obligatoire. Aux termes de l'article 61 AUDCG, les contrats de crédit-bail ne sont opposables aux tiers que s'ils sont publiés. Le droit uniforme est dans le même sens que la loi française du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail et le décret du 4 juillet 1972 relatif à la publicité des opérations de crédit-bail en matière mobilière et immobilière. Seulement, l'absence de publicité peut priver la caution des avantages inhérents à cette publicité. En conséquence, le défaut de publication du contrat par le crédit-bailleur devra permettre à la caution de pouvoir utilement invoquer l'exception de non-subrogation par analogie de l'hypothèse du défaut d'inscription d'un nantissement puisque « *le créancier qui, dans le même temps, se garantit par un cautionnement et constitue une sûreté provisoire s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive* »<sup>1349</sup>. Cette solution se justifie d'autant plus que si en droit uniforme issu de l'OHADA, le crédit-bail permet l'action en revendication<sup>1350</sup>. Les actions en revendication doivent non seulement être exercées, à peine de forclusion, dans le délai de trois mois à compter de l'information des revendiquants ou de la décision de justice admettant les revendications, mais encore, les actions ne peuvent être reprises ou exercées que si le revendiquant a produit et respecté les formes et délais relatifs à la production et à la vérification des créances<sup>1351</sup>. Il en découle que la caution peut légitimement être subrogée dans cette action appartenant au créancier revendiquant, ou, du moins, elle peut soulever l'exception de non subrogation pour défaut de production de la créance, ayant entraîné la forclusion. Au-delà de la subrogation dans les droits du créancier titulaire d'une clause de réserve de propriété, c'est également la possibilité de cession d'une créance utilisée à titre de garantie à la caution qui s'impose.

## **2- La transmission de créance à titre de garantie à la caution**

**723.** Le cautionnement peut par ailleurs être renforcé dans l'intérêt de la caution par la subrogation de l'action cambiariaire ou par la cession de créance utilisée à titre de garantie qui sont regardées comme des droits potestatifs du créancier<sup>1352</sup>.

<sup>1348</sup> Com., 20 mai 1997, *RJDA* 10/1997, n° 1244.

<sup>1349</sup> Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, *Petites affiches*, 18 juin 2007, n° 121, p. 16, note S. PRIGENT.

<sup>1350</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 247, p. 240.

<sup>1351</sup> G. RIPERT et R. ROBLOT, t. 2, *op. cit.*, n° 1803.

<sup>1352</sup> Sur le caractère facultatif de la notification de la cession de créance, voir F. K. DECKON, « La notification de la cession de créances professionnelles », *RTD com.*, 2005, p. 649 et s.

**724. La subrogation de l'action cambiariaire.** Le droit uniforme ne règlemente pas les instruments de paiement et de crédit. Cette matière est régie par le Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine. Seulement l'article 9 de l'AUPC qui interdit les poursuites individuelles dans le cadre du règlement préventif fait allusion à l'alinéa 4 à la poursuite des « actions cambiariaires dirigées contre les signataires d'effets de commerce ». De même, l'article 102 de l'AUPC précise que peuvent être revendiqués, « s'ils se trouvent encore dans le portefeuille du débiteur, les effets de commerce ou autres titres non payés remis par leur propriétaire pour être spécialement affectés à des paiements déterminés ». En pratique, la question est de savoir si l'avantage que devait procurer le recours cambiariaire doit être qualifié d'un droit préférentiel ou conférant un avantage particulier au créancier susceptible de profiter à la caution. En fait, la caution peut participer aux répartitions de la procédure du tiré accepteur. Il en résulte que la caution poursuivie, pour refuser de payer la lettre de change escomptée et restée impayée, peut invoquer le bénéfice de l'article 20 de l'AUS si le créancier a déclaré le montant de l'effet uniquement à la procédure du tireur et non à celle du tiré. Même si la créance cambiariaire a une nature chirographaire elle peut faire partie des droits susceptibles d'être transmis.

**725.** En droit français, en réponse à cette question, la Cour de cassation a considéré que « la banque a privé la caution d'un droit susceptible de lui procurer un avantage particulier par rapport aux créanciers du débiteur principal »<sup>1353</sup>. Le terme « droit » doit donc être entendu de manière plus large pour englober tout droit ou action susceptible de procurer à son bénéficiaire un accroissement de ses prérogatives. Dès lors sera préférentiel chaque fois qu'un droit ajoute un avantage à la situation du créancier chirographaire, susceptible de conférer à son titulaire une facilité plus grande dans la perception de sa créance. En conséquence, le recours cambiariaire par son mécanisme procure une facilité de recouvrement supérieure au droit de gage général du créancier chirographaire en lui conférant la nature d'un droit préférentiel transmissible à la caution. Une autre situation reste l'hypothèse d'une titrisation.

**726. La cession d'une créance réalisée à titre de garantie.** Relativement à l'action en revendication, M. Sawadogo a pu souligner avec raison que la situation paraît plus compliquée en ce qui concerne la revendication des valeurs mobilières dématérialisées représentées

---

<sup>1353</sup> Cass. com., 6 fév. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 33; *RTD com.* 1997, p. 144, obs. A. MARTIN-SERF; *RJDA* 7/1996, n° 956; *Rev. proc. coll.* 1996, p. 494, n° 5; E. KERCKHOVE; *D. Aff.* 1996, p. 391, n° 6; *Quot. Jur.* 1996, p. 34; *Droit et patrimoine* 1996, p. 87, obs. M.-H. MONSERIE ; *BRDA* 6/1996, p. 11.

seulement par les inscriptions en compte<sup>1354</sup>. Il en est ainsi pour « les valeurs, titres, effets ou sommes d'argent » cédés en garantie du solde d'opérations sur instruments financiers à terme qui sont des manifestations de la fiducie- sûreté. La cession de créance à titre de garantie implique donc le transfert des créances « en propriété ». Or, le droit uniforme n'a pas prévu ce type de procédé.

**727.** Dans ces circonstances, la question qui peut être *a priori* posée est celle de savoir si la caution peut bénéficier d'une cession de créance à titre de garantie dans le cadre des procédures collectives. Dans l'affirmative, la cession de créance à titre de garantie ne viole-t-elle pas l'adage selon lequel « *pas de privilège sans texte* » ? Cette question est préoccupante en ce sens qu'un arrêt récent rendu par la Cour de cassation française le 19 décembre 2006, en s'opposant à l'extension de la cession de créance à titre de garantie en dehors du cadre légal prévu par la loi Dailly, a jugé qu' « *en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement* »<sup>1355</sup>. Il résulte clairement de cette décision qu'il faudrait un texte spécial pour autoriser la cession de créance à titre de garantie.

**728.** Cependant, en s'appuyant sur le principe de « *la liberté contractuelle* »<sup>1356</sup> ou du « *pouvoir des volontés individuelles* » en droit des sûretés<sup>1357</sup> et sur la généralité de la notion de subrogation aux « droits et garanties du créancier », l'éventail du mécanisme de subrogation pourrait être élargi pour inclure toutes les garanties innommées usuelles en pratique. En droit belge, M. Ledoux a pu soutenir que « *le créancier peut être amené à céder la créance qu'il possède contre le débiteur à une autre personne juridique qui peut être la caution : la cession se fera créance par créance ou par bloc, et, dans ce dernier cas, on utilisera un nouveau procédé que l'on appelle la titrisation* »<sup>1358</sup>. M. Grégoire aussi est dans ce sens lorsqu'il précise à juste titre que l'utilisation de la propriété comme instrument de garantie ne peut toutefois pas, être dénoncée en vertu de cet adage qui vise des hypothèses toutes différentes<sup>1359</sup>. Il s'ensuit que le

<sup>1354</sup> F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 247, p. 239.

<sup>1355</sup> Cass. com., 19 déc. 2006, *D.* 2007, 344, note Ch. LARROUMET ; *RTD civ.* 2007, 160, obs. P. CROCQ ; *Petites affiches* 2007, p. 10, note S. PRIGENT ; *JCP G* 2007, 10067, Rapport COHEN-BRANCHET et note D. LEGEAIS ; *Gaz. Pal.* 24 mai 2007, p. 11, obs. S. PIEDELIEVRE ; D. HOUTCIEFF, « A la recherche de la cession de créance réalisée à titre de garantie... », *RLDC* 2007, mars 2007, p. 29 ; L. AYNES, « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », *D.* 2007, 961.

<sup>1356</sup> J. ISSA-SAYEGH, « La liberté contractuelle en droit des sûretés OHADA », [www.ohada.com/ohadata](http://www.ohada.com/ohadata), D-05-06.

<sup>1357</sup> Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, thèse préc.

<sup>1358</sup> J.-L. LEDOUX, *Le crédit*, Bruxelles, Kluwer éditions, 1997, p. 51, spéc. p. 89.

<sup>1359</sup> Sur l'ensemble de la question, M. GREGOIRE, *Publicité foncière, Sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 700 et s., n° 1652 et s.

juge OHADA sera amené à statuer sur des situations similaires, plus précisément, dans l'hypothèse de la faillite internationale<sup>1360</sup> lorsque le débiteur défaillant a le centre de ses intérêts principaux situé dans l'espace OHADA alors même qu'il a traité avec des établissements de crédit dans lesquelles ces opérations sont usuelles et surtout légalisées<sup>1361</sup>.

**729.** Le recours au droit comparé peut être d'une grande utilité pour le juge de l'OHADA. En conséquence, le droit européen peut constituer une piste de solution. En réalité, la reconnaissance du transfert d'actifs à titre de garantie ressort de la directive 98/26CE du 19 mai 1999 et la loi belge de transposition du 28 avril 1999, qualifiant de « sûreté » « *tout gage ou tout privilège spécial portant sur des espèces ou sur des instruments financiers, toute opération de cession-rétrocession ou de transfert de propriété à titre de garantie analogue, (...)* ». De plus, la cession de créance utilisée à titre de garantie est visée comme un droit réel par l'article 5 g 2 b du règlement CE n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, entrée en vigueur le 31 mai 2002 et applicable aux procédures collectives internationales. Enfin, en droit français, depuis une loi du 19 février 2007, la fiducie a fait son entrée dans le Code civil. Aux termes du nouvel article 2011 du Code civil, « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* »<sup>1362</sup>. A cet

<sup>1360</sup> F. MELIN, « L'OHADA et le droit de la faillite internationale », *D.* 2005, p. 1568 et s.

<sup>1361</sup> Sur la dimension internationale du règlement du sort de la caution, com., 16 oct. 2007, obs. G. MARRAUD DES GROTTES, *Rev. Lamy droit civil*, déc. 2007, p. 28.

<sup>1362</sup> Voir dans ce sens L. AYNES et Ph. DUPICHOT, (« Les grandes lignes d'un nouveau paysage », *chron. Droit et patrimoine*, oct. 2007) qui relèvent que la dernière révolution en date est la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 consacrant en demi-teinte la fiducie en droit français. Réinvestissant aussitôt l'espace libéré par suite du déplacement du cautionnement (articles 2011 et s. c. civ.), la loi du 19 février 2007 crée pour l'essentiel un nouveau contrat nommé par lequel « *un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* » (F. BARRIERE, « La fiducie », *Bull. Joly sociétés* 2007, *chron.*, § 119 et 144 ; Ph. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007, I, 121 ; C. KUHN, « Une fiducie française », *Droit et patrimoine*, avr. 2007, p. 32 et s. ; P. CROCQ, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007, p. 1354 et s.). Et si la qualité de bénéficiaire est ouverte à tous, le contrat de fiducie est, pour l'heure, réservé à certains acteurs : personnes morales relevant de l'impôt sur les sociétés (constituants) ; établissements de crédit et compagnies d'assurance pour l'essentiel (fiduciaires). Pour ces auteurs, cette consécration emporte des conséquences sur le paysage français des sûretés. Premièrement, la consécration d'une « nouvelle » technique de sûreté réelle, polyvalente, et dans laquelle les principes de spécialité et d'accessorité pourraient être tempérés : le « but déterminé » pouvant être de garantie, il appartiendra aux parties de définir librement les missions et pouvoirs du fiduciaire, qu'il soit aussi le créancier bénéficiaire ou qu'il gère dans l'intérêt d'un ou de plusieurs créanciers bénéficiaires ; et, en particulier, les événements de nature à emporter la réalisation ou le transfert de tout ou partie des biens grevés aux bénéficiaires (défaut de paiement) ; ne pourrait-on convenir d'une fiducie rechargeable et de nature à permettre l'affectation du patrimoine fiduciaire à d'autres créances que celles initialement garanties (comp. P. CROCQ, *art. préc.*, n° 8 et s. insistant à juste titre sur le respect du principe suivant lequel la fiducie-sûreté ne saurait être une source de profit) ? Ou encore mêler fiducie-gestion et fiducie-sûreté ? Deuxièmement et moyennant l'observation de rigoureuses conditions substantielles, formelles et fiscales (O. DAUCHEZ, « Le régime fiscal de la fiducie », *JCP G* 2007, I, 175), l'institution d'un « *patrimoine d'affectation* » (art. 12 I, loi 19 fév. 2007) imperméable à la procédure

égard, lorsque le débiteur de l'obligation garantie par l'aliénation fiduciaire est en faillite, le créancier peut, sans influence de la procédure, s'approprier définitivement le bien ou la créance, objet de cette aliénation.

**730.** Il est loisible d'admettre, par analogie à la solution retenue relativement à l'action cambiaire, la subrogation au profit de la caution qui a garanti une partie de la dette de ce créancier. Cette solution peut aisément se justifier. En effet, de la même manière, tel qu'il a été jugé par la Cour d'appel d'Abidjan le 7 mars 2000 qu'une banque créancière d'une société cautionnée par une personne titulaire d'un compte personnel chez elle, peut refuser de payer un chèque émis par la caution et tiré sur ce compte à son propre profit et retenir le solde créditeur de ce compte, dès lors qu'il y a un lien de connexité existant entre le compte personnel de la caution et la créance de la banque, de la même manière, le créancier doit pouvoir transmettre une créance du débiteur défaillant à la caution « *sur la base des relations d'affaires unissant ces trois personnes* »<sup>1363</sup>. Cette solution est conforme à l'opinion partagée de M. Simler selon laquelle la théorie de la subrogation vise moins le droit préférentiel que le droit susceptible de subrogation, « *ce qui est décisif, c'est moins la qualification du droit dont la perte est imputée au créancier que son aptitude à être transmis par subrogation* »<sup>1364</sup>.

**731. Conclusion de la section 1-** Les mécanismes de protection de la caution peuvent être renforcés dans le cadre des procédures collectives et permettre d'atteindre l'objectif de sauvetage des entreprises en difficulté. Cette réhabilitation, mieux le renforcement de la protection de la caution ne peut plus se limiter à la règle de l'accessoire. Elle résidera désormais à titre principal dans le bouclier que constitue le mécanisme de la subrogation dont le champ d'application peut couvrir non seulement les droits préférentiels du créancier, mais peut également s'étendre au droit exclusif du créancier et à tout mécanisme conférant un avantage particulier au créancier. C'est à ce prix que le droit du cautionnement peut corriger l'unilatéralité injuste qu'il renferme au moment de son exécution. Or, avoir le droit est une chose et pouvoir l'exercer en est une autre. Pour concilier la finalité du cautionnement avec les objectifs du législateur, la procédure

---

collective du fiduciaire (art. 2024 C. civ.) et définitivement sorti du droit de gage général des créanciers personnels du constituant ; partant, et sauf le jeu de la fraude, du droit de suite attaché à une sûreté antérieurement publiée (art. 2025 c. civ.) ou conclusion en période suspecte (art. L. 632-1 I 9° c. com.), l'essor de telles fiducies-sûretés pourrait être de nature à réduire considérablement le volume des actifs réalisables par les organes de la procédure collective du constituant.

<sup>1363</sup> Abidjan, 7 mars 2000, arrêt n° 321, Djiriga Diahi c/SGBCI, *Rev. Ecodroit*, AIDD, n° 1, juill.-août 2001, p. 35 ; *OHADA, jurisprudences nationales*, n° 1, déc. 2004, p. 109 ; *Bull. Juris OHADA*, n° 1/2002, janv.-mars 2002, p. 35 ; [www.ohada.com/ohadata](http://www.ohada.com/ohadata), J-02-130.

<sup>1364</sup> Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, *op. cit.* n° 831 ; dans le même sens, M. ARTHOZOUL, thèse préc., n° 237, p. 252.

de liquidation des biens se présente comme le point de compatibilité incontournable. Dans ce cas, la caution ayant payé le créancier pourra valablement obtenir paiement des fonds avancés et en cas de la perte d'un avantage par le fait potestatif du créancier, elle pourra se décharger de son obligation de règlement.

## **Section 2 - L'extinction de l'obligation de règlement de la caution par l'exception de non subrogation**

### **732. L'exception de non-subrogation : une cause d'extinction de l'obligation de règlement.**

Le droit du cautionnement tend à la bilatéralisation par le mécanisme de la subrogation. A cet égard, le bénéfice du cautionnement ne peut permettre au créancier de se désintéresser de la procédure collective de son débiteur. Dès l'instant où le créancier, titulaire jusqu'au paiement subrogatoire des droits préférentiels garantissant la créance, porte atteinte aux intérêts de la caution, il ne peut plus poursuivre efficacement la caution pour demander paiement. Evidemment, la caution pourra reprocher au créancier de n'avoir pas sauvegardé les droits et garanties qu'il détenait envers le débiteur et dont elle pouvait bénéficier par voie subrogatoire.

**733. Orientation de la question.** La subrogation dans les droits et garanties du créancier est un mécanisme essentiel du cautionnement débouchant sur une déchéance particulière lorsque précisément, le créancier a compromis les droits dans lesquels la caution aurait pu être subrogée. Le débiteur étant insolvable par définition, il y a lieu, bien entendu, de privilégier l'action contre le créancier par rapport aux recours contre le débiteur qui, dans tous les cas, resteront aléatoires. Outre que la caution peut engager la responsabilité du créancier-banquier pour rupture<sup>1365</sup> ou prolongation abusive de crédit<sup>1366</sup>, l'exception de non-subrogation lui permet d'une façon originale de se décharger de son engagement lorsque la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut plus par le fait de ce créancier s'opérer en sa faveur.

**734.** L'irréductibilité de la décharge de la caution en un cas de responsabilité (Paragraphe 1) peut permettre de rechercher son véritable fondement dans le principe général de bonne foi contractuelle (Paragraphe 2).

---

<sup>1365</sup> Cass. com., 22 avr. 1980, *Bull. civ.*, n° 163.

<sup>1366</sup> Cass. com., 24 janv. 1989, *RTD com.* 1990, 276, obs. HAEHL.

## **Paragraphe 1 - L'irréductibilité de la décharge de la caution à un cas de responsabilité civile**

**735. Le bénéfice de subrogation : un mode original de libération de la caution.** La possibilité de décharge accordée à la caution est un véritable bouclier consécutif au défaut de subrogation qui ne peut être entravée par les règles impératives du droit des procédures collectives. Seulement, le double rôle de la subrogation tenant, d'une part, à protéger les droits de la caution et, d'autre part, à sanctionner le manquement du créancier a généré un vif débat en doctrine. M. Simler a fait observer que le mode de libération de la caution institué par l'article 2037 du Code civil que la doctrine s'efforce depuis longtemps d'enfermer « *dans un moule* » est réellement original<sup>1367</sup>. Effectivement, des fondements ont été avancés mais aucun n'a apporté de réponse de manière entièrement satisfaisante même si, en pratique, les conditions d'application de la règle de la subrogation peuvent emprunter à l'un ou à l'autre d'entre eux que l'on a pu regrouper autour du thème de la responsabilité. Les principes de la responsabilité ont servi de repère à la mise en œuvre de la décharge de la caution. Cependant, cette assimilation se révèle inadéquate et inopportune dans le cadre des procédures collectives (A). Il en résulte que le fondement de la décharge de la caution déborde les règles du droit de la responsabilité civile (B).

### **A - L'emprunt de la décharge de la caution aux principes de la responsabilité civile**

**736. Les éléments de l'assimilation : les conditions de la mise en œuvre du bénéfice de subrogation.** L'article 18, alinéa 2, de l'AUS prévoit la décharge de la caution lorsque la subrogation ne peut plus s'opérer en sa faveur mais ne se prononce pas sur les conditions de sa mise en œuvre. Or, en pratique, la recherche des conditions de la mise en œuvre de la libération de la caution par le bénéfice de subrogation peut poser des problèmes. Le juge sera amené à voir dans le mécanisme de la subrogation une application des principes de la responsabilité civile. En droit français, le bénéfice de subrogation fut d'abord rattaché à l'exception d'inexécution<sup>1368</sup> avant de s'orienter vers la responsabilité contractuelle. Ainsi, la mise en œuvre du bénéfice de subrogation est toujours subordonnée à la réunion des conditions ordinaires de la responsabilité civile. La similitude de la subrogation et de la responsabilité apparaît également au stade de ses

---

<sup>1367</sup> Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 804.

<sup>1368</sup> Pour l'assimilation à une résolution judiciaire, C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil français*, t. VI, 6<sup>e</sup> éd., par P. ESMEIN, préc., g 429, note 11-6 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *op. cit.*, n° 1180, p. 567 : « *quel que soit le nom qu'on lui donne, c'est une exceptio non adimpleti contractus* » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, n° 1490 et 1491.

conséquences. En effet, le préjudice étant l'étalon de la décharge, la libération de cette dernière évoque une modalité de réparation. Déjà, en leur temps, Baudry-Lacantinerie et Wahl ont perçu la cession d'actions comme une « *forme spéciale de dommages et intérêts alloués à la caution* »<sup>1369</sup>. Aux termes de l'article 18, alinéa 2, de l'AUS la décharge de la caution est subordonnée à l'exigence d'un fait du créancier.

**737. L'exigence d'un fait du créancier.** En subordonnant la décharge de la caution au fait du créancier, la question qui peut se poser est celle de savoir s'il doit s'agir d'une faute contractuelle ou d'un fait juridique. Le législateur est muet sur la question et aucune décision n'est rendue en la matière pour éclairer l'opinion. En droit français, la jurisprudence exige fréquemment que le fait du créancier soit la cause exclusive de la perte d'un droit et elle désigne la faute du créancier par des actes négatifs comme l'abstention, la négligence ou par des actes positifs de commission qui ont entraîné la perte du droit préférentiel dont les applications sont nombreuses dans le cadre des procédures collectives<sup>1370</sup>. En ce qui concerne le fait positif du créancier, il peut consister en un acte de commission susceptible de priver la caution des avantages de la subrogation. Il en est ainsi lorsque le créancier gagiste se dessaisit à vil prix, sans informer la caution, d'un bien du débiteur en liquidation judiciaire<sup>1371</sup>.

**738.** S'agissant de l'acte négatif, peuvent être prises en considération aussi bien la négligence que l'abstention du créancier. Il en va ainsi de la négligence ou l'abstention du créancier au regard de la conservation d'une sûreté<sup>1372</sup> ou de l'omission de faire valoir son droit préférentiel sur une indemnité d'assurance<sup>1373</sup> ou, encore, l'absence d'exercice des voies de recours

<sup>1369</sup> G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *op. cit.*, n° 1174 ; en jurisprudence, Civ., 5 oct. 1964, *D.* 1965, 42 ; *RTD civ.* 1965, p. 344, obs. J. CHEVALLIER.

<sup>1370</sup> La jurisprudence française impose que le fait du créancier soit la cause exclusive de la perte du droit préférentiel et il est indiqué que « *seul le fait exclusif du créancier* » peut être invoqué utilement par la caution, à défaut, la perte de la sûreté n'étant pas uniquement imputable à celui-ci, le garant n'est pas déchargé : Cass. com., 12 nov. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 340 ; *RJDA* 1/1992, n° 77 ; Com., 11 janv. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 15 ; *RJDA* 6/1994, n° 693 ; *RTD civ.* 1994, p. 899 et 900, n° 1, obs. M. BANDRAC ; Civ. 1<sup>re</sup>, 23 nov. 1999, *RJDA* 1/2000, n° 98 ; *JCP G* 2000, IV, 1061, p. 111 ; Rouen, 4 déc. 1996, *RJDA* 6/1997, n° 820.

<sup>1371</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1999, *Bull. civ.* I, n° 181 ; *Gaz. Pal.* 1999, pan. p. 196 ; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 58, n° 8, spéc. p. 59 ; *RJDA* 10/1999, n° 1134 ; *BRDA* 13/1999, p. 7, n° 13 ; *JCP E* 1999, pan. rap. p. 1314.

<sup>1372</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 26 janv. 1999, *RJDA* 3/1999, n° 341 ; Com., 30 mars 1999, *Rev. proc. coll.* 2000, p. 58, n° 8 ; Com., 3 fév. 1998, *D.* 1999, somm. com. p. 7, obs. F. DERRIDA ; *RJDA* 6/1998, n° 797 ; Com., 17 juin 1997, *Rev. proc. coll.* 1998, p. 99, n° 4, obs. E. KERCKHOVE ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mai 1994, *D.* 1994, IR p. 137 ; *JCP G* 1994, IV, 1730 ; *RTD civ.* 1994, p. 206, n° 7, obs. M. BANDRAC ; *RJDA* 1/1995, n° 60 ; Rouen, 30 janv. 1992, *RJDA* 6/1992, n° 628 ; dans le même sens, la première chambre civile a cassé un arrêt d'appel qui a refusé de décharger une caution au motif que la liquidation des trois débiteurs avait ordonné la confusion de leurs patrimoines ; mais la cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 26 avr. 2000, *D. Aff.* 2000, p. 274, obs. J. FADDOUL ; *RJDA* 9-10/2000) estime que « *la limitation de l'inscription de nantissement à un seul des propriétaires indivis, a pour effet d'en réduire l'efficacité, et, partant, la valeur du droit pouvant être transmis par subrogation, même en cas de confusion de patrimoines* ».

<sup>1373</sup> Cass. com., 5 déc. 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, p. 494, n° 5, obs. E. KERCKHOVE ; *RJDA* 2/1996, n° 257.

nécessaires à la préservation des privilèges<sup>1374</sup>. De même, le défaut d'exercice en temps utile de l'action en revendication du crédit-bailleur ou du créancier bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété a été regardé comme une faute imputable au créancier<sup>1375</sup> tout comme l'absence d'exercice de l'action résolutoire du créancier bailleur<sup>1376</sup> ou l'omission de déclarer au passif de la procédure collective du tiré<sup>1377</sup>. L'exception de non subrogation peut être appliquée lorsque le fait qui a empêché la subrogation provient du créancier ou de son mandataire<sup>1378</sup>. Toutefois, le créancier peut démontrer que la perte du droit en cause ne lui est pas imputable : ainsi il peut se prévaloir d'une absence de faute; il peut également invoquer une faute commise, soit par le débiteur principal<sup>1379</sup>, soit par la caution<sup>1380</sup>, soit alors, la faute peut être partagée avec l'un ou l'autre<sup>1381</sup> ou il peut s'agir du fait d'un tiers.

**739.** En effet, le créancier peut faire échec au bénéfice de subrogation en démontrant que la perte du droit préférentiel n'est en réalité qu'une conséquence de la simple application de

<sup>1374</sup> Cass. com., 16 avr. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 142 ; *JCP G* 1991, IV, p. 122 ; *D.* 1991, IR, p. 181 ; *RTD com.* 1992, p. 244, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP E* 1991, I, 100, n° 3, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *Rev. proc. coll.* 1993, p. 139, n° 6, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1991, II, 21176, obs. P. BOUTEILLER ; *RJDA* 7/1991, n° 634 ; *Banque* 1991, p. 1087, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; Com., 17 mars 1992, *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *RJDA* 6/1992, n° 629 ; *Banque et Droit* 1992, p. 140, obs. J.-L. GUILLOT.

<sup>1375</sup> Cass. com., 24 oct. 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, p. 231, n° 6, obs. E. KERCKHOVE ; *RTD com.* 1997, p. 146, obs. A. MARTIN-SERF ; Versailles, 1<sup>er</sup> déc. 1995, *D. Aff.* 1996, p. 263 ; Rouen, 30 janv. 1992 (2<sup>e</sup> espèce) *RJDA* 6/1992, n° 628 ; Com., 11 juill. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 237 ; Com., 14 juin 1994, *Bull. civ. IV*, n° 209 ; Com., 30 mai 1994, *RJDA* 11/1994, n° 1194 ; Com., 14 fév. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 41 ; *RTD com.* 1997, p. 146, obs. A. MARTIN-SERF ; *Rev. proc. coll.* 1995, p. 329, n° 7, obs. E. KERCKHOVE ; *D.* 1996, somm. com. p. 218, obs. F. PEROCHON.

<sup>1376</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 17 fév. 1993, *Bull. civ. I*, n° 75 ; *D.* 1995, IR, p. 166 ; *RJDA* 3/1993, n° 246 ; *JCP E* 1993, pan. 490.

<sup>1377</sup> Cass. com., 6 fév. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 33 ; *Quot. Jur.* 1996, p. 24 ; *RJDA* 7/1996, n° 956 ; Com., 20 fév. 2001, *RJDA* 6/2001, n° 706 ; *BRDA* 5/2001, p. 12, n° 20. : en l'espèce, une banque avait déclaré sa créance au redressement judiciaire d'un GIE, mais non à chacune des procédures de celles de ses membres ; la cour d'appel ayant condamné, sur le fondement de l'article 2037 du Code civil, la caution à exécuter son engagement, la cour de cassation a estimé que les juges de fond n'avaient pas recherché « si le défaut de déclaration de la créance garantie à la procédure collective ouverte à l'égard de chacun des membres du groupement n'avait pas causé un préjudice à la caution subrogée dans les droits du créancier contre les membres du groupement ».

<sup>1378</sup> Rouen, 4 déc. 1996, *RJDA* 6/1997, n° 820 : « Il importe peu pour l'application de l'article 2037 du Code civil que la perte de la sûreté ait eu pour cause la faute du créancier lui-même ou celle du mandataire ».

<sup>1379</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 mai 1998, *Rev. proc. coll.* 1999, n° 4, p. 123, obs. E. KERCKHOVE : « La rapide dépréciation du fonds était due à l'inertie du débiteur, qui ne s'était pas acquitté des loyers et qui ne s'était pas préoccupé de la situation face à son bailleur ».

<sup>1380</sup> Rouen, 12 mars 1998, *Rev. proc. coll.* 1999, n° 4, p. 123, obs. E. KERCKHOVE ; Com., 9 mai 1995, *RTD com.* 1997, p. 149, obs. A. MARTIN-SERF ; *Rev. proc. coll.* 1995, p. 458, n° 5, obs. E. KERCKHOVE : la caution, alors dirigeant, ayant été associé activement à l'acte de vente, avait consenti à la suppression de la sûreté ; Civ. 1<sup>re</sup>, 19 déc. 2000, *D. Aff.* 2001, AJ, p. 375 ; *JCP E* 2001, pan. p. 299 ; *RD bancaire et fin.* 2001, n° 58, obs. D. LEGAIS.

<sup>1381</sup> Ch. MOULY, thèse préc., n° 406 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 849 ; S. BETANT-ROBET, « La décharge de la caution par application de l'article 2037 », *RTD civ.* 1974, n° 9 ; D. VIDAL, « Les causes de décharge de la caution par le fait du créancier », *Droit et patrimoine*, juin 1996, p. 50 et s. ; M. ARTHOZOUL, thèse préc., n° 267 ; pourtant, dans cette hypothèse, la jurisprudence refuse de décharger la caution : Com., 23 nov. 1999, *RJDA* 1/2000, n° 98 ; *JCP G* 2000, IV, 1061 ; *BRDA* 1/2000, n° 18 ; la chambre commerciale écarte la décharge au motif qu'il doit s'agir d'un fait exclusif du créancier : Com., 11 janv. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 15 ; *RTD civ.* 1994, p. 899, obs. M. BANDRAC ; *RJDA* 6/1994, n° 693 ; *JCP G* 1994, IV, 648 ; *Defrénois* 1994, art. 35897, p. 1168, n° 131, obs. L. AYNES.

dispositions légales. Il en est ainsi lorsque la perte des sûretés résulte de l'interdiction d'inscription des sûretés prévue par l'article 73 de l'AUPC. Ce texte doit être rapproché des articles 68 et 69 de l'AUPC relatifs aux inopposabilités qui frappent un certain nombre de sûretés<sup>1382</sup>.

**740. La preuve de la faute du créancier.** L'Acte uniforme n'exige pas la preuve d'une faute du créancier mais la question de la preuve de la faute peut se poser en pratique. Evidemment, la doctrine ne s'est pas assez préoccupée de la question. Cependant, trois solutions sont possibles. Si l'on considère que le fondement de l'article 18 AUS est une application des principes généraux de la responsabilité civile, la charge de la preuve pèserait sur la tête de la caution ; en revanche, si on admet que ce texte repose sur l'idée d'une condition tacite, la charge de la preuve serait inversée. Dans cette hypothèse, la caution devrait établir que la condition n'est pas remplie et le créancier doit prouver que la perte n'est pas due à son fait. Enfin, si l'exception de subrogation constitue une déchéance légale, il est difficile de justifier l'une ou l'autre des solutions.

**741.** En droit français, devant cette situation, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé dans un arrêt du 13 novembre 1996 qu'il appartenait à la caution de prouver la faute du créancier. En l'espèce, un associé d'une société mise en liquidation pour laquelle il s'est porté caution, invoque pour être déchargé de son engagement l'article 2037 du Code civil au motif que la banque créancière nantie sur le fonds de commerce ne l'avait pas informé de la résiliation du bail et lui avait fait perdre le bénéfice du nantissement. La Cour de cassation a censuré la Cour d'appel qui a inversé la charge de la preuve en faisant droit à la demande de la caution alors qu'il *« appartenait à la caution, qui invoque l'extinction de son engagement, de rapporter la preuve que la subrogation a été rendue impossible par le fait du créancier »*<sup>1383</sup>. Cette solution s'inscrit dans le cadre général de la responsabilité civile. Toutefois, les appréciations des éléments de preuve fournis par la caution à propos de la faute du créancier doivent relever du pouvoir souverain des juges du fond. La même difficulté se rencontrera relativement à l'exigence d'un préjudice.

**742. L'exigence d'un préjudice.** L'article 18, alinéa 2, de l'AUS en disposant que la caution est déchargée lorsque la subrogation ne peut plus s'opérer en sa faveur ne subordonne nullement la

---

<sup>1382</sup> Ne constitue pas davantage un *« fait exclusif du créancier »*, celui qui dépend en tout ou en partie d'organes intervenant à l'occasion de procédures judiciaires : Com., 3 avr. 2001, pourvoi n° 97-13. 786.

<sup>1383</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 1996, *Droit et patrimoine*, mai 1997, p. 89, obs. B. SAINT-ALARY ; *Banque et Droit* 1997, obs. J.-L. GUILLOT ; *JCP G* 1997, IV, 19 ; *D.* 1997, somm. com. p. 166, obs. L. AYNES.

mise en œuvre de cette disposition à l'exigence d'un préjudice. Cependant, en pratique, il peut être invoqué que la caution ne peut se prévaloir du bénéfice de subrogation pour demander sa libération que dans le cas où la perte des droits et sûretés lui cause un préjudice effectif. Dans ces circonstances, la question qui se pose est alors celle de la charge de la preuve. En réalité, cette question n'est que l'ultime phase d'une succession de preuves qu'impose le bénéfice de subrogation dès lors qu'il est demandé de prouver la perte d'un droit préférentiel, la faute du créancier, acte positif ou négatif. Aucune solution n'est encore disponible sur ce point à notre connaissance. Il importe de s'inspirer des décisions rendues par les juges français en la matière. En effet, la Cour d'appel de Nancy avait refusé la décharge à une caution qui n'établit pas qu'elle aurait pu tirer partie des droits et privilèges perdus<sup>1384</sup>. Or, la Cour de cassation a affirmé que la preuve de l'absence de préjudice incombe au créancier lorsqu'elle décide qu'il appartient au créancier « *pour ne pas encourir la déchéance de ses droits contre la caution, d'établir que la subrogation qui est devenue impossible par son inaction n'aurait pas été efficace* »<sup>1385</sup>. La solution est conforme aux principes généraux du droit de la preuve qui répartissent la charge de la preuve entre, d'une part, la caution qui doit prouver la négligence du créancier qui a rendu la subrogation impossible et, d'autre part, le créancier qui pour se défendre doit opposer l'absence de faute ou de préjudice<sup>1386</sup>.

**743. Décharge et responsabilité civile : deux fausses jumelles.** Au demeurant, l'analyse qui consiste à assimiler le bénéfice de la subrogation à un cas de responsabilité civile n'est pas admissible. Les différences entre ces deux mécanismes sont manifestes : tandis que la responsabilité ne requiert que la démonstration d'un préjudice, la décharge de la caution n'opère qu'en cas de perte d'un droit préférentiel ; de même, tandis que la responsabilité n'exige que la

<sup>1384</sup> Nancy, 19 janv. 1993, *JCP G* 1994, IV, 1005 ; *JCP G* 1997, I, 3991, spéc. p. 24, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE.

<sup>1385</sup> Cass. com., 27 fév. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 68 ; *Defrénois* 1997, art. 36467, p. 100, obs. S. PIEDELIEVRE ; *Banque* 1996, p. 90, obs. J.-L. GUILLOT ; *Rev. proc. coll.* 1996, p. 496, n° 7, obs. E. KERCKHOVE ; *D.* 1996, somm. com. p. 269 et *Defrénois* 1996, art. 36358, p. 809, obs. L. AYNES ; *D. Aff.* 1996, p. 418, n° 6 ; *RJDA* 5/1996, n° 678 ; *Gaz. Pal.* 1997, pan. p. 84.

<sup>1386</sup> Dans le même sens P. CROCQ, obs. *RTD civ.* 1996, spéc. p. 439. Sur la question, la doctrine est divisée. Des auteurs (S. BETANT-ROBET, art. préc. n° 86) considèrent qu'il revient à la caution de prouver que la perte du droit préférentiel lui a causé un préjudice. D'autres (L. AYNES, *Sûretés, Publicité foncière*, 1999, préc. n° 285), par contre, estiment que c'est au créancier de rapporter la preuve de l'absence de préjudice de la caution. Pour d'autres enfin (M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 265 ; S. PIEDELIEVRE, *Defrénois*, 1997, p. 100, spéc. p. 103), l'exigence d'un préjudice déduit ou démontré, qui n'est d'ailleurs pas prévu par l'article 2037 du Code civil, n'apparaît pas nécessaire. En revanche, M. ARTHOZOUL (thèse préc., n° 277) estime que la caution s'est engagée uniquement pour procurer au créancier une garantie contre les risques liés à la défaillance du débiteur, non pour l'exonérer de toute responsabilité quant à la préservation du droit préférentiel. Dès lors, il appartiendra au créancier de prouver que la perte de la sûreté ou du droit du fait de sa négligence ou de sa faute ne cause pas de préjudice à la caution, en établissant que ces sûretés auraient été inefficaces ou insuffisantes pour garantir le recouvrement de sa créance. Dans ce sens, Ph. SIMLER, note sous *Com.*, 3 nov. 1975, *JCP G* 1978, II, n° 18891 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 853.

preuve d'un lien de causalité, le bénéfice de subrogation requiert un fait exclusif du créancier ; enfin, tandis que la responsabilité du créancier débouche sur une réparation par voie de dommages-intérêts, le bénéfice de subrogation entraîne la décharge pure et simple de la caution. Il s'ensuit que l'assimilation du bénéfice de subrogation à la théorie de la responsabilité civile est inadéquate, mieux, la décharge de la caution déborde du cadre de la responsabilité civile.

## **B - Les débords de la décharge de la caution de la théorie de la responsabilité**

**744. Les thèses en présence.** La protection de caution est renforcée par le mécanisme de la subrogation dans le cadre des procédures collectives mais la détermination du véritable fondement du bénéfice de subrogation pouvant permettre de renforcer la protection de la caution pour alléger sa situation juridique reste une question ouverte. Cette recherche a conduit à des positions doctrinales variées.

**745. La thèse de la cause et condition.** Certains ont eu recours à la notion de cause pour expliquer la décharge de la caution. La subrogation serait un élément déterminant la cause de l'engagement de la caution. Jossierand affirmait qu'on peut dire que la caution « *n'a consenti à se lier qu'en contemplation des sûretés dont le créancier était nanti et qu'elle savait devoir, à l'occasion, se reporter sur sa propre tête et garantir son recours (...)* »<sup>1387</sup>. M. Sigalas voyait dans l'exception de non subrogation « *une responsabilité légale fondée sur la notion de cause* »<sup>1388</sup>. Il est reproché à cette thèse d'avoir placé la subrogation au premier plan de l'engagement de la caution alors que la caution s'est obligée, à titre principal, en vue de rendre service au débiteur pour lui permettre d'obtenir plus facilement du crédit<sup>1389</sup>. Pour autant, l'idée selon laquelle la perspective de la subrogation a pu constituer pour la caution une donnée décisive de son consentement n'est pas écartée par M. Simler qui a déplacé le concept de cause vers celui de condition.

**746.** A défaut d'être le motif décisif de l'engagement, le bénéfice de subrogation serait toutefois être pris pour une condition implicite de celui-ci<sup>1390</sup>. Dans cette hypothèse, le maintien des garanties par le créancier est considéré comme une condition. Ainsi, la conservation des sûretés et des droits par le créancier constituerait la condition de l'engagement de la caution. La caution

<sup>1387</sup> L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, préc., n° 1490 et 1491.

<sup>1388</sup> P.-A. SIGALAS, thèse préc., n° 99, p. 93.

<sup>1389</sup> Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 191 ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 259 ; D. HOUTCIEFF, « Contribution à la théorie de la subrogation », art. préc., n° 16.

<sup>1390</sup> Ph. SIMLER, « La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil », *JCP G* 1975, I, 2711, spéc. n° 18 ; comp., déjà, A. DURANTON, *op. cit.*, p. 276.

s'obligerait alors sous la condition résolutoire que le créancier la subroge dans les droits préférentiels<sup>1391</sup>. Cette explication pouvait convaincre. Seulement, l'article 18, alinéa 2, de l'AUS *in fine* exclut toute clause de renonciation de la caution au bénéfice de subrogation<sup>1392</sup>, soustrayant, par voie de conséquence, toute velléité d'explication fondée sur la volonté de la caution car, celle-ci a perdu toute emprise sur le mécanisme. Il s'ensuit que la règle du bénéfice de subrogation est un principe d'ordre public qui protège la caution et ne saurait subir l'influence du droit des procédures collectives. Dès lors, la thèse fondant ce mécanisme sur la cause ou la condition implicite s'avère impuissante à expliquer la totalité du régime que le droit positif octroie au bénéfice de subrogation<sup>1393</sup>.

**747. La thèse de la déchéance légale.** L'article 18 AUS en interdisant à la caution de renoncer au bénéfice de subrogation lui confère une protection plus accrue, d'ordre légal, pour ne pas supporter définitivement le poids de la dette du débiteur défaillant, distincte d'une action en responsabilité civile du créancier aux fins d'obtenir des dommages et intérêts. Une doctrine autorisée a considéré que ce mécanisme de décharge de la caution est un cas de déchéance légale<sup>1394</sup>. Cette thèse se justifie d'autant plus que l'obligation mise à la charge du créancier est d'origine légale ainsi que sa sanction. Seulement, ce sont les conditions de mise en œuvre de la règle qui ne font pas l'unanimité. Comment justifier les fondements de la décharge de la caution ? Par quel prodige objectera-t-on que ce qui était facultatif pour le créancier peut devenir fautif ? Répondant à cette interrogation, M. Simler soutient que nul besoin pour justifier la solution d'en appeler au « solidarisme » ou au principe d'exécution de bonne foi, ni de remettre en cause l'exigence d'une faute du créancier en s'appuyant sur la lettre de la loi qui requiert seulement un « fait » du créancier. Pour cet auteur, « *il en résulte de la manière la plus explicite que, dès lors que le créancier bénéficie, outre le cautionnement, d'autres « droits, privilèges ou hypothèques », il doit les conserver et les exercer sous peine de déchéance de ses droits contre la caution, dans la limite du préjudice subi par celle-ci du fait de la privation de la subrogation dans les droits perdus. Il est donc en faute s'il a manqué à cette obligation légale* »<sup>1395</sup>. A suivre cet auteur, le fait qu'une alternative soit ouverte au créancier ne change rien. En effet, de la

---

<sup>1391</sup> Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 803 ; J.-L. AUBERT, obs. sous. Civ., 24 fév. 1982, *Defrénois* 1982, art. 32972, p. 1628.

<sup>1392</sup> Alinéa 2 de l'ancien article 2037 du Code civil issu de la loi française du 1<sup>er</sup> mars 1984 ; solution reprise par l'article 18 alinéa 2 AUS selon lequel « *La caution simple ou solidaire est déchargée quand la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut plus s'opérer, en sa faveur, par le fait du créancier. Toute clause contraire est réputée non écrite* ».

<sup>1393</sup> Ch. MOULY, thèse préc., n° 434.

<sup>1394</sup> Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 804.

<sup>1395</sup> Ph. SIMLER, « Décharge de la caution lorsque le créancier gagiste n'a pas demandé l'attribution judiciaire du gage », note sous Ch. mixte, 10 juin 2005, *JCP G* 2005, II, 10130.

même façon, d'après l'article 1193 du Code civil<sup>1396</sup> qu'une obligation alternative reste une obligation et si l'une des branches est morte, c'est l'autre qui doit être exécutée ; de la même façon, il faut admettre qu'une faculté alternative, si elle a pour objet un droit préférentiel, elle devient obligation alternative pour le créancier par la vertu de la loi. La loi lui impose de conserver le droit préférentiel dont il dispose sans distinguer selon que ce droit préférentiel offre ou non une alternative. Ainsi, si l'alternative s'est fermée, compte tenu de l'existence de privilèges meilleurs, « *le créancier doit se prévaloir de la branche de l'alternative qui conserve une utilité pour la caution* »<sup>1397</sup>. S'il ne le fait pas, il aura bel et bien fait perdre à la caution un droit préférentiel dans lequel elle aurait pu être subrogée.

**748.** Cette thèse reste intéressante mais elle ne permet pas d'apporter une appréciation générale sur l'attitude du créancier. Pour cette raison, M. Simler s'aligne sur la thèse de Mouly selon laquelle l'attitude du créancier « *doit s'apprécier non pas en fonction de ses droits ou obligations à l'égard du débiteur, mais en fonction de la conduite qu'aurait tenue un bon père de famille, eu égard à l'existence d'une caution. La faculté prévue au contrat (ou par la loi, aurait-il pu ajouter) ne peut être discrétionnaire que dans les rapports entre le créancier et le débiteur ; dans les relations créancier-caution, elle apparaît tout au contraire comme un moyen privilégié de protection des droits préférentiels* »<sup>1398</sup>.

**749.** Evidemment, Mouly a déjà soutenu l'idée selon laquelle « *le bénéfice de subrogation est une déchéance imposée par le législateur au créancier afin de protéger préventivement la caution, pour des raisons d'équité, lorsque le créancier contrevient aux devoirs de bonne foi et de loyauté qui sont rendus plus sévères par l'existence de droits préférentiels* »<sup>1399</sup>. Les raisons d'équité et les devoirs de « bonne foi et de loyauté » doivent donc guider dans l'analyse de l'attitude du créancier. Or, ce même auteur, après avoir soutenu que l'article 2037 du Code civil de 1804 est justifié par des impératifs de bonne foi et d'équité, considère après que le créancier n'a pas d'obligation contractuelle de se bien conduire et n'est pas tenu d'un devoir de bonne foi dès lors que le bénéfice de subrogation est conçu comme un outil de solution des conflits. Pour MM. Cabrillac et Mouly, en effet, la déchéance qui en résulte n'est fondée ni sur la

---

<sup>1396</sup> Aux termes de l'article 1193 du Code civil, « *l'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises péricule et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place.*

*Si toutes deux sont périées, et que le débiteur soit en faute à l'égard de l'une d'elles, il doit payer le prix de celle qui a péri la dernière* ».

<sup>1397</sup> Ph. SIMLER, note préc., p. 1805.

<sup>1398</sup> Ch. MOULY, thèse préc., n° 401.

<sup>1399</sup> Ch. MOULY, thèse préc. n° 442 et s. ; également, S. BETANT-ROBET, « La décharge de la caution par application de l'article 2037 du Code civil », art. préc., n° 9.

responsabilité, ni sur la sanction morale, mais se révèle être un procédé technique privant le créancier d'un recours<sup>1400</sup>. Cette solution n'est pas totalement satisfaisante car si la défaillance du créancier se traduit en l'application de l'article 18 AUS, correspondant de l'article 2037, devenu l'article 2314 du Code civil, par une sanction-déchéance, il faut admettre au demeurant que le fondement du bénéfice de subrogation se déduit du principe général d'exécution de bonne foi des conventions posé par l'article 1134, alinéa 3, du Code civil de 1804 qui impose un comportement loyal et de confiance.

## **Paragraphe 2 - L'adaptation du principe général de bonne foi à la justification de la décharge de la caution**

**750. Au commencement était la solidarité.** La décharge de la caution sous couvert du bénéfice de subrogation devient l'instrument majeur de protection des cautions même dans le cadre des procédures collectives. Il est inadéquat, pour notre part, de rattacher le bénéfice de subrogation au droit de la responsabilité<sup>1401</sup>. Les travaux préparatoires du Code civil informent peu sur les fondements du bénéfice de subrogation. Néanmoins, à suivre Treilhard, il semble que le bénéfice de cession d'actions ait été perçu comme une séquelle de la subrogation légale édictée par l'article 1251 du Code civil<sup>1402</sup>.

**751.** Cependant, cette explication est insuffisante<sup>1403</sup> parce que, pour reprendre la formule de Troplong, « *l'article 1251 qui accorde la subrogation dans les droits du créancier ne conduit pas nécessairement à obliger ce créancier à conserver ses actions entières ; il suffit qu'il ne les perde pas frauduleusement. L'article 1251, par sa propre énergie, n'empêche pas le créancier d'user de son droit et de disposer de ce qui lui appartient* »<sup>1404</sup>. Il importe donc, dans ces circonstances, de se tourner vers Pothier pour percer l'esprit du législateur. En vérité, Pothier enseigne que l'« *obligation du créancier de céder ses actions est fondée sur cette règle d'équité, qu'étant obligés d'aimer tous les hommes, nous sommes obligés de leur accorder toutes les choses qu'ils ont intérêt d'avoir, lorsque nous pouvons les leur accorder sans qu'il nous en*

<sup>1400</sup> M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 259.

<sup>1401</sup> D. LEGEAIS, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2007, *JCP E* 2007, 1700.

<sup>1402</sup> Le discours de TREILHARD selon lequel « (...) *le paiement fait au créancier devait opérer une subrogation de droit au profit de la caution : le créancier n'est donc plus recevable à la poursuivre quand, par son fait, il s'est mis dans l'impossibilité d'opérer cette subrogation* », in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, par P.-A. FENET, préc., p. 45. Aux termes de l'article 1251 du Code civil, la subrogation a lieu de plein droit au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paye un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges ou hypothèques.

<sup>1403</sup> D. HOUTCIEFF, « Contribution à la théorie du bénéfice de subrogation », *RTD civ.* 2006, p. 191 et s., spéc. p. 195, n° 13.

<sup>1404</sup> R.-Th. TROPLONG, *op. cit.*, n° 539 et s.

*coûte rien* »<sup>1405</sup>. Il doit donc s'agir d'un fait potestatif du créancier qui entraîne la décharge de la caution, regardée comme une sanction mesurée de la déchéance du créancier. Le manquement du créancier au devoir de sauvegarder le recours subrogatoire de la caution doit donc constituer dès lors le fondement du bénéfice de la subrogation (A) et la décharge de la caution n'est autre chose que la sanction du fait potestatif du créancier (B).

## **A - Le devoir de sauvegarder le recours subrogatoire de la caution**

**752. A la recherche de la nature du bénéfice de subrogation.** La bonne foi est pour le juriste ce qu'est le bon sens pour le philosophe. Si le bon sens est la chose du monde la mieux partagée, la règle de la bonne foi en est l'archétype incontestable. A cet égard, si le créancier est parfois tenu d'agir conformément à l'intérêt de la caution, c'est dire que le devoir de sauvegarder le recours subrogatoire de la caution est une manifestation de la bonne foi contractuelle, indifférente à l'ouverture ou à la clôture d'une procédure collective. Dès lors, l'émergence d'une obligation pour le créancier d'exercer les facultés dont il dispose dans le sens des intérêts de la caution procède donc d'une maïeutique<sup>1406</sup>. Il importe d'admettre par voie de conséquence que le fondement véritable du bénéfice de subrogation est une application particulière de l'obligation de bonne foi.

**753.** Par ce biais, au-delà de ses conséquences pratiques, peut-être, l'extension du champ d'application de la règle de la subrogation à la perte d'un droit exclusif ou potestatif du créancier livre-t-elle à l'interprète *« le cœur du mécanisme du bénéfice de la subrogation : bien plutôt qu'il ne repose sur une responsabilité contractuelle, il paraît stigmatiser le créancier qui a spontanément anéanti ou laissé dépérir ses propres sûretés, quand un seul mouvement de volonté eût suffi à les sauvegarder sans pour autant l'exposer au moindre sacrifice. Ainsi, dès lors que le créancier dispose d'un « droit potestatif », qu'il n'appartient donc qu'à lui d'exercer dans le sens des intérêts de la caution, ces derniers doivent constituer l'unique boussole de sa décision »*<sup>1407</sup>. Il en résulte que cette cause d'extinction de l'engagement de la caution doit plutôt trouver son fondement dans la bonne foi inhérente au mécanisme de la subrogation qui doit

<sup>1405</sup> Dans ce sens, R.-Th. TROPLONG, *op. cit.*, n° 537 ; J. NIGOUL, *Du cas particulier d'extinction du cautionnement prévue par l'article 2037 du Code civil*, thèse Toulouse, 1897, p. 38, où l'auteur affirme qu'« on voit qu'ils (les rédacteurs du Code civil) n'ont pas été chercher dans les arcanes du droit romain des motifs de décider. Ils ont tout simplement consulté Pothier (...) » ; *adde* D. HOUTCIEFF, art. préc., n° 13, note 32.

<sup>1406</sup> La maïeutique est l'art de faire accoucher les idées. Sur l'application de la notion de maïeutique à la subrogation : D. HOUTCIEFF, « Vers l'obligation du créancier d'exercer une faculté conformément aux intérêts de la caution », art. préc., 1573, n° 6.

<sup>1407</sup> D. HOUTCIEFF, « Une extension du champ d'application du bénéfice de subrogation », art. préc., p. 1696.

s'ajouter à la mise en œuvre de la responsabilité du créancier aux fins d'obtenir des dommages et intérêts. A cet égard, la décharge sera mise en œuvre pour un fait potestatif du créancier.

**754. Précision sur la notion du fait du créancier : faute ordinaire et « potestativité ».** Il ne fait aucun doute que la caution est déchargée si la perte des droits préférentiels attachés à la créance est due au fait du créancier. Cependant, le terme « fait » reste ambigu ; il doit être entendu dans un sens large dans l'intérêt de la caution. S'il peut être assimilé à une faute, le fait du créancier dans le cadre de la subrogation peut se distinguer de cette notion telle qu'elle se conçoit en matière de responsabilité pour deux raisons.

**755.** D'abord, le fait du créancier n'est pas « fautif » en lui-même ; il ne prend cette coloration que par un effet de contexte. Le comportement *a priori* légitime du créancier à l'égard de son débiteur ne constitue un « fait du créancier » qu'en raison de l'existence du contrat de cautionnement : ainsi, le créancier est-il libre en principe de renoncer à une hypothèque sauf, précisément, à être garanti par un cautionnement. La notion de « fait du créancier » exprime à sa manière les « relations tripartites » dans lesquelles s'enracine le cautionnement. Dès lors, « le fait du créancier » exalte l'économie intime et la finalité de la convention à travers l'obligation particulière de bonne foi qu'il met au jour. Il en découle que le droit du cautionnement s'en sort renforcé indépendamment de toute influence du droit des entreprises en difficulté.

**756.** Ensuite, la faute ordinaire est en principe indifférente à l'activité ou à la passivité du responsable : la faute peut résulter d'un acte de commission ou d'omission. Par contre le fait du créancier, au sens de la théorie de la subrogation, impose davantage de subtilité dans l'analyse. Si le comportement positif contrecarrant le maintien de la sûreté doit en effet être systématiquement sanctionné, l'omission ne doit l'être que dans la mesure où il n'appartenait qu'au créancier d'agir et qu'il pouvait, pour ainsi dire « potestativement », l'accomplir en vertu d'un acte ne dépendant que de sa seule volonté<sup>1408</sup>. Il en résulte que le créancier doit produire dans la procédure du débiteur pour sauvegarder les actions de la caution.

**757. Le devoir de ne pas faire perdre par négligence le recours subrogatoire de la caution.** La découverte de la subrogation en tant que mécanisme juridique de renforcement du cautionnement dans le cadre des procédures collectives n'est pas encore démontrée en droit uniforme. En droit français, c'est une décision récente de la Cour de cassation qui témoigne une

---

<sup>1408</sup> D. HOUTCIEFF, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2007, préc.

nouvelle fois de l'existence de devoirs mis par la jurisprudence à la charge du créancier cautionné. Dans cette espèce un peu particulière, une caution avait été condamnée à payer la banque prêteuse et après paiement avait exercé en vain un recours subrogatoire qui avait été rejeté car, la créance de la banque était éteinte pour n'avoir pas été déclarée à la procédure collective du débiteur cautionné. Or, il n'était nullement en l'espèce question d'application de l'article 2037 d'autant plus qu'aucun droit préférentiel n'avait été perdu par la faute du créancier ; ce dernier ayant seulement omis de déclarer une créance chirographaire. Quant à la caution, elle avait payé une créance qui n'existait plus et ne pouvait donc en réclamer le remboursement au débiteur. La première chambre civile jugea dans cette affaire que la banque avait engagé sa responsabilité contractuelle sur le fondement de l'article 1147 du Code civil envers la caution : celle-là, en s'abstenant de se renseigner et de déclarer sa créance, avait fait preuve d'une négligence préjudiciable à la caution qui avait en conséquence de l'extinction de la créance principale, perdu son recours subrogatoire contre le débiteur<sup>1409</sup>.

**758.** M. Dupichot a relevé que c'est la première fois que le juge suprême se prononce sur pareille hypothèse et il est remarquable qu'elle ait choisi de consacrer « en négatif » un devoir latent du créancier de déclarer sa créance afin de préserver les intérêts de la caution, traduisant ainsi, la part belle faite par le cautionnement à la solidarité entre les parties<sup>1410</sup>. Le juge OHADA par souci de protection de la caution peut utilement s'inspirer de cette solution pour attirer l'attention des créanciers pour qu'ils exercent leurs droits même facultatifs dans l'intérêt de la caution.

**759. Le devoir d'exercer une faculté conformément aux intérêts de la caution.** Les facultés sont définies comme « *des pouvoirs juridiques de l'homme accessoires à une situation juridique permanente (...); elles ne sont donc pas par elles-mêmes des droits subjectifs (...)* elles naissent, vivent, meurent, avec la situation à laquelle elles sont annexées (...) elles sont données à l'homme pour qu'il en use selon ses besoins »<sup>1411</sup>. En principe, le créancier bénéficiaire d'un droit facultatif a la possibilité de choisir, soit de réaliser l'avantage inclus dans ce droit, soit ne point le faire valoir<sup>1412</sup> ; autrement dit, il a, pour reprendre le *memoriam* Carbonnier, « *la possibilité de choisir entre faire ou ne pas faire* »<sup>1413</sup>. Cependant, s'il ne fait aucun doute que l'exercice d'une faculté relève d'un droit exclusif du créancier, il faut admettre tout de même que « *si une personne entend faire usage de son droit, cet usage doit être honnête, loyal, conforme à*

<sup>1409</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 19 déc. 2000, *Bull. civ.* I, n° 334; *BRDA* 2/2001, n° 17, p. 9.

<sup>1410</sup> Ph. DUPICHOT, thèse préc., n° 154.

<sup>1411</sup> H. LECOMPTE, *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, thèse Paris, 1930, p. 67.

<sup>1412</sup> H. LECOMPTE, thèse préc., n° 181.

<sup>1413</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, 26<sup>e</sup> éd., PUF, coll. Thémis, Paris, 1999, n° 162.

*la bonne foi* »<sup>1414</sup>. Il ne doit pas nuire aux tiers. En conséquence, la liberté du créancier est source de sa contrainte : libre d'exercer une faculté, le créancier se doit d'agir au mieux des intérêts de la caution<sup>1415</sup>.

**760.** Pothier affirmait, déjà en son temps, à propos du bénéfice de cession d'actions, l'idée que précisa bien plus tard Demogue selon laquelle « *le créancier, quant à la prestation qu'il doit recevoir, n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration* »<sup>1416</sup> ; il doit par sa conduite faciliter à la caution l'exécution de l'obligation et, notamment se prêter à son exécution. De la sorte, si le créancier n'est pas obligé d'exercer, par exemple, l'action en revendication dans le délai légal, il en va autrement si son choix ne permet pas à la caution de préserver son recours subrogatoire<sup>1417</sup>.

**761.** De même, si l'attribution judiciaire du gage ne constitue qu'une faculté pour le créancier, ce dernier, lorsqu'il est par ailleurs garanti par un cautionnement, commet une faute au sens de l'article 18 de l'AUS si, en s'abstenant de demander cette attribution, il prive la caution d'un droit qui pouvait lui profiter<sup>1418</sup>. De la même façon le créancier doit agir en temps utile : en s'abstenant d'exercer le droit dont il bénéficiait le comportement du créancier peut obliger les cautions à payer une dette provoquée par son inaction deux cents fois supérieure à celle existant au jour de la réalisation d'une condition suspensive<sup>1419</sup>.

**762.** Dans le sillage de l'évolution de la conception solidariste du cautionnement, le créancier qui se garantit par un cautionnement et constitue une sûreté provisoire s'oblige envers la caution à rendre cette sûreté définitive<sup>1420</sup>. L'obligation imposée au créancier est indifférente à l'ouverture et à la clôture d'une procédure collective contre le débiteur. Elle peut être aussi la sauvegarde des intérêts de la caution par la production de la créance à la procédure du débiteur. Il s'ensuit que la perte de la créance par le fait potestatif du créancier doit décharger la caution.

---

<sup>1414</sup> L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, thèse Genève, Imprimerie du Journal de Genève, Suisse, 1947, p. 230. Dans le même sens, l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil suisse dispose : « *Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi* ».

<sup>1415</sup> D. HOUTCIEFF, obs. sous Com., 13 mars 2003, *Petites affiches* 2003, n° 234, p. 10 et note sous Com., 3 mai 2006, *D.* 2006, p. 1696, n° 20.

<sup>1416</sup> R. DEMOGUE, *op. cit.*, n° 12 et s.

<sup>1417</sup> Cass. com., 14 fév. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 41.

<sup>1418</sup> Cass. com., 13 mai 2003, *Bull. civ.* IV, n° 73 ; *Petites affiches*, 24 nov. 2003, obs. D. HOUTCIEFF ; *Defrénois* 2004, art. 37969, p. 889, note J. HONORAT.

<sup>1419</sup> Cass. com., 3 mai 2006, *Petites affiches*, 4 juill. 2006, p. 15, note S. PRIGENT.

<sup>1420</sup> Cass. ch. mixte, 17 nov. 2006, *Petites affiches*, 18 juin 2007, p. 16, note S. PRIGENT.

## **B - La décharge mesurée de la caution : sanction de la déchéance du créancier**

**763. L'extinction de l'obligation de règlement de la caution envers le créancier.** Aux termes de l'article 18, alinéa 3, de l'AUS, le fait reproché au créancier limite seulement cette subrogation. La caution sera donc déchargée à concurrence de l'insuffisance de la garantie conservée. Cependant, la notion de « décharge » n'est pas des plus limpides. En effet, comme l'a souligné M. Houtcieff, la décharge désigne parfois la libération d'un débiteur par l'effet de la volonté du créancier : l'article 1271 du Code civil évoque, par exemple, la décharge en cas de novation<sup>1421</sup>. Une telle explication ne cadre pas avec l'article 18 AUS qui impose une libération de la caution contre la volonté du créancier. Le terme de décharge peut désigner également une simple libération du débiteur d'une dette dont il est normalement tenu. Mais cette hypothèse aussi se distingue de celle envisagée par l'Acte uniforme. Au fond, l'unité de la notion de décharge ne réside que dans l'idée d'extinction d'un droit. Pour notre part, la libération de la caution est la sanction pénale d'un comportement déloyal du créancier.

**764. La décharge : une peine distincte de la réparation civile.** Par application du bénéfice de subrogation, l'engagement de la caution sera éteinte. Cette solution permet de réduire sa contribution définitive à la dette garantie lorsqu'elle est poursuivie dans le cadre d'une procédure collective. La décharge est une sanction qui se distingue de l'action en réparation civile. Si techniquement, la nature de l'obligation du créancier envers la caution et sa sanction posent problème, contrairement à Von Thur qui y voit des incombances<sup>1422</sup> et à Comparato qui soutient qu'il s'agit d'une situation juridique passive de nécessité, du type de la charge, non d'une dette<sup>1423</sup>, il faut admettre que la décharge est une sanction légale édictée par l'Acte uniforme qui se présente plus comme une sanction pénale du créancier qu'un instrument de réparation du préjudice subi par la caution. A ce titre, la libération de la caution, loin de constituer la finalité du bénéfice de subrogation est, au contraire, une conséquence de la peine subie par le créancier<sup>1424</sup>. En conséquence, la décharge de la caution apparaît comme une déchéance propre au droit des sûretés. M. de La Marnierre ne définissait-il pas la déchéance comme « *un procédé de sanction qui peut être employé en toutes circonstances dès lors qu'un certain but doit être atteint* :

<sup>1421</sup> D. HOUTCIEFF, art. préc., *RTD civ.* 2006, p. 191 et s., spéc. p. 205, n° 35.

<sup>1422</sup> A. VON THUR, *op. cit.*, p. 9-10 ; S. PRIGENT, art. préc., p. 19.

<sup>1423</sup> F. K. COMPARATO, thèse préc., n° 15 et 16, p. 26 et s.

<sup>1424</sup> D. HOUTCIEFF, art. préc., p. 205, n° 36 .

*l'extinction d'un droit à titre de peine* »<sup>1425</sup>. Pour toutes ces raisons, le créancier perd son recours contre la caution pour l'avenir, d'une façon définitive et absolue, sans que ne subsiste même une obligation naturelle. Mais il se pose la question de l'étendue de la décharge de la caution<sup>1426</sup>.

**765. Une décharge proportionnelle.** La sanction tient dans une déchéance de la créance envers la caution, en tant que celle-ci aurait pu bénéficier du droit perdu ou non constitué, totalement ou partiellement<sup>1427</sup>. Alors que le droit uniforme limite la décharge à concurrence de l'insuffisance de la garantie conservée, la jurisprudence française cantonne la libération de la caution au préjudice subi par la caution<sup>1428</sup>. Il a été jugé, dans ce sens, que « *la caution n'est déchargée qu'à concurrence de la valeur des droits pouvant lui être transmis par subrogation et dont elle a été privée par le fait du créancier* »<sup>1429</sup>.

**766.** De même, une Cour d'appel a été censurée pour avoir libéré une caution de la totalité de son engagement à l'égard d'une banque qui avait omis d'inscrire un nantissement sur le fonds de commerce alors que le prix de vente du fonds obtenu par les organes de la procédure collective était inférieur à la créance de la banque<sup>1430</sup>. Cependant, si la décharge de la caution doit être limitée à la valeur de l'avantage perdu, il faut soutenir que cette valeur qui aurait dû être transmise à la caution doit s'apprécier à la date de l'exigibilité de l'obligation, autrement dit, à la date de la défaillance du débiteur. En réalité, le cantonnement de la libération de la caution proportionnellement au droit perdu peut être considéré comme une simple conséquence de la bonne foi et de l'équité qui fondent le bénéfice de cession d'actions. Evidemment, il serait contraire à toute justice d'accorder à la caution une décharge complète et absolue<sup>1431</sup>. Cette solution doit être appliquée de tout temps pour permettre de compléter les mécanismes de protection de la caution dans le cadre des procédures collectives.

**767. Conclusion de la section 2-** Il résulte de ce qui précède que l'engagement de la caution peut s'éteindre par le jeu du bénéfice de subrogation. Le devoir pour le créancier de sauvegarder

---

<sup>1425</sup> S. DE LA MARNIERRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », art. préc., p. 1037.

<sup>1426</sup> F. PAUL, « L'ampleur de la décharge directe de la caution en raison de la faute du créancier », *Droit et patrimoine*, 2002, p. 41.

<sup>1427</sup> G. SCYBOZ, *op. cit.*, p. 135.

<sup>1428</sup> Déjà dans ce sens, cass., 8 mai 1850, *S.* 1850, 1, 597 ; S. PIEDELIEVRE (note sous Ch. mixte, 10 juin 2005, *D.* 2005, 2020) affirme que ce n'est que dans cette mesure qu'il est possible de lire dans la décharge l'application d'un « principe de proportionnalité ».

<sup>1429</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 1998, *D. Aff.* 1999, p. 293 ; *Gaz. Pal.* 1999, pan. p. 68 ; *D.* 2000, jur. p. 215, note A. BOUJEKA ; *BRDA* 2/1999, n° 13 ; *RJDA* 2/1999, n° 225.

<sup>1430</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 9 mai 1994, *Bull. civ.* I, n° 169.

<sup>1431</sup> P. PONT, *op. cit.*, n° 374 ; *adde.*, D. HOUTCIEFF, art. préc., n° 38.

le recours subrogatoire de la caution même dans le cadre des procédures collectives est la consécration d'un mécanisme essentiel de protection de la caution prolongeant la conciliation entre les deux corps de règles du droit privé. Par-delà les arguments purement techniques, procédant de façon peu convaincante qui de la théorie du contrat (cause, inexécution du contrat, etc.), qui du droit de la responsabilité civile, la décharge de la caution, en cas de perte du recours subrogatoire, est fondamentalement assise sur la bonne foi et la justice commutative et permet à la caution de se libérer lorsque, par le fait potestatif du créancier, elle perd les droits attachés à la garantie ou le recours subrogatoire.

## **Conclusion du chapitre II**

**768.** Le mécanisme de la subrogation se révèle comme un véritable outil de règlement de conflits entre l'application du droit des procédures collectives et le droit du cautionnement. La préservation du recours subrogatoire de la caution renforce par ce biais la garantie. De plus, l'engagement de la caution étant de procurer au créancier une garantie contre les risques liés à la défaillance du débiteur et non de l'exonérer de toute « responsabilité » quant à la préservation de ses droits dans l'intérêt de la caution, en conséquence, lorsqu'elle s'engage avec le débiteur, elle n'entend pas supporter le poids définitif de la dette principale. Dès lors, le créancier ne pouvant ignorer le caractère accessoire du cautionnement et compte tenu du devoir de bonne foi contractuelle, ce dernier est contraint de prendre toutes les mesures idoines de nature à préserver et à faciliter les chances de recouvrer les sommes que la caution aura dû avancer à la place du débiteur. A défaut, la caution est déchargée de son obligation envers le créancier. A ce titre, la caution doit pouvoir compter non seulement sur les sûretés existant au moment de son engagement mais aussi et surtout sur les droits et actions acquis par le créancier depuis la conclusion du cautionnement.

## **Conclusion du titre II**

**769.** La mise en scène du droit du cautionnement à l'épreuve des procédures de sauvetage du débiteur ne traduit pas une altération incontestable du premier. Si l'on a pu écrire que la phase de la liquidation des biens justifiait la mise en œuvre du cautionnement c'est parce que « *l'état d'urgence, (que constituent les procédures collectives), qui suspend l'application des lois habituelles jusqu'au rétablissement de l'ordre républicain* »<sup>1432</sup> prend fin à ce stade du

---

<sup>1432</sup> Y. GUYON, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », art. préc., p. 405.

traitement des difficultés où on assiste à un retour à la préservation des intérêts du créancier et de la caution. Ainsi, les développements ci-dessus relatifs à la reprise des poursuites individuelles du créancier contre le débiteur principal et contre la caution, à la sauvegarde des actions personnelles en remboursement et au recours subrogatoire de la caution contre le débiteur, ont démontré que le cautionnement n'en demeurerait pas moins une garantie efficace pour le créancier dans le cadre de la liquidation des biens.

### **Conclusion de la seconde partie**

**770.** La confrontation astucieuse du droit des procédures collectives et du droit des sûretés, et plus spécialement les sûretés personnelles, est l'un des éléments qui détermine l'échec ou la réussite du traitement judiciaire des difficultés du débiteur. Sans garantie efficace, il n'y a point de crédit possible, ni d'activité économique digne de ce nom. S'il est indispensable que les sûretés jouent leur rôle au moment où le créancier l'a prévu, c'est-à-dire, lorsque le débiteur devient défaillant, il est également indispensable que la volonté du législateur concilie la nature de la garantie et la prévision contractuelle du garant à l'égard du débiteur en difficulté. Le législateur du droit uniforme a essayé de limiter l'engagement de la caution, soit à un montant prédéterminé, soit à la valeur de réalisation d'un bien donné en garantie et en érigeant la mention manuscrite en une condition de validité du cautionnement ainsi que l'exigence légale du devoir d'information. Mais les obligations mises à la charge du créancier peuvent déborder facilement de cette prévision légale et peuvent s'étendre au devoir de mise en garde dans l'octroi de crédit pour éviter tout soutien abusif au débiteur. Elles peuvent aussi s'élargir au devoir d'éviter de transférer, de mauvaise foi, la créance à la caution, en consentant des remises de dettes et de report d'échéance au débiteur principal ; mais surtout en sauvegardant les intérêts de la caution, par la production de la créance cautionnée à la procédure ou par la préservation du recours subrogatoire de la caution.

**771.** L'ensemble de ces mesures constitue des mécanismes de protection de la caution, lui conférant un droit de critique sur l'existence, l'étendue ou, encore, sur la régularité de son engagement, qui ne sont pas écartés par le droit des procédures collectives. De plus, les divers devoirs qui pèsent sur le créancier, loin de placer l'engagement de la caution dans un sens unique, redonnent une nouvelle image à la garantie d'autant plus que le cautionnement n'est plus perçu comme un contrat unilatéral, mais comme un contrat bilatéral. A ce titre, la compatibilité de la finalité du cautionnement avec son essence accessoire est réalisable dans le cadre des procédures collectives. La défaillance du débiteur, en l'absence d'artifice, se concrétise lors de la

liquidation des biens car, c'est cet événement qui réalise de manière concrète et irrémédiable l'impossibilité pour le débiteur de désintéresser son créancier. La caution s'est engagée à couvrir ce risque en se substituant au débiteur pour payer le créancier tout en conservant un recours à son profit, personnel ou subrogatoire. C'est uniquement dans la perspective de ce recours qu'elle s'engage pour ne pas supporter de manière définitive la charge de la dette. Seulement, en pratique, ces recours peuvent se révéler inefficaces lorsque le montant de la liquidation est insuffisant pour payer tout le monde.

## CONCLUSION GENERALE

### 772. Le droit positif : la primauté absolue de la fonction de la garantie du cautionnement.

Au terme de cette étude et à l'heure du bilan, il apparaît que le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives d'apurement du passif du débiteur cautionné se présente comme une source de conflits en ce sens que cette branche du droit privé balaie « du revers de la main » certaines règles cardinales du droit du cautionnement en raison des intérêts divergents en cause. On y voit s'affronter des conceptions souvent opposées qui reflètent les difficultés liées au chevauchement entre les règles du droit des obligations, en général, celles du droit du cautionnement, en particulier, et celles du droit des procédures collectives<sup>1433</sup>. De la confrontation du droit des entreprises en difficulté et du droit du cautionnement, il résulte une remise en cause du caractère accessoire du cautionnement : en effet, le droit uniforme a choisi la primauté de la fonction de la garantie. Cette solution est un facteur d'efficacité sans précédent pour le droit du cautionnement mais elle est trop sévère pour la caution. C'est sur ce constat que s'achève l'examen du cautionnement plongé dans l'« îlot juridique » que constituent les procédures collectives, dont l'issue est favorable en apparence au sauvetage de l'entreprise mais, en réalité, destinée au paiement exclusif des créanciers.

773. La dénaturation ci-dessus décrite que traduisent une suite de solutions incompatibles avec la maxime *accessorium sequitur principale* et des controverses engagées autour de ses fonctions applicatives<sup>1434</sup>, le cautionnement la subit effectivement de manière continue et impérative tant dans la procédure de règlement préventif que dans celle de redressement judiciaire, dans un contexte fait d'atteintes à la conception du cautionnement admise en droit commun. Confrontée au droit des procédures collectives et surtout au « *droit de ne pas payer ses dettes* »<sup>1435</sup> reconnu au débiteur principal envers le créancier, momentanément ou durablement, la conception de l'engagement de la caution, regardée en droit commun comme strictement dépendante de l'existence et de la mesure de la dette couverte, est devenue à la fois un « *tendon* » et « *un talon d'Achille* » de la garantie<sup>1436</sup>. Son altération est la résultante d'une loi de dissociation des conditions juridiques de la caution et du principal obligé à la dette, séparation que le droit uniforme a pu cultiver avec constance parallèlement à l'adoucissement du sort du débiteur cautionné même *in bonis*. Les dispositions véhiculées par ce droit spécial mettent à l'abri le créancier bénéficiaire du cautionnement. L'autorisation de non-paiement reconnue au débiteur

<sup>1433</sup> *Supra*, n° 64 et s.

<sup>1434</sup> D. GRIMAUD, thèse préc., n° 287.

<sup>1435</sup> G. Ripert, art. préc., n° 57 et s.

<sup>1436</sup> D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 53.

dans la procédure règlement préventif et celle de redressement judiciaire ne fait pas obstacle au créancier de recouvrer sa créance contre la caution<sup>1437</sup>, une caution dont le statut de débiteur tenu de manière accessoire et subsidiaire passe à l'arrière-plan aussi longtemps que la dette garantie n'a pas été payée<sup>1438</sup>.

**774.** La remise en cause des mécanismes de protection de la caution inhérents à la règle de l'accessoire du cautionnement au profit d'autres objectifs se trouve définitivement confirmée dans l'interdiction faite à la caution, personne physique ou personne morale, caution profane ou avertie, caution dirigeante sociale intégrée ou caution extérieure à l'entreprise défaillante, de se prévaloir des remises concordataires préventives ou curatives. Il en va également ainsi pour la suspension des poursuites individuelles, l'interdiction de payer la caution ayant désintéressé les créanciers, l'arrêt du cours des intérêts ou l'interdiction d'inscription des sûretés ou, encore, la règle de l'opposabilité des exceptions. Cette situation contribue à forger une vision renouvelée en théorie sur la nature de l'engagement de la caution. En effet, à la conception héritée du Code civil d'une caution ne devant que ce que doit le débiteur principal se substitue celle du garant qui doit sa propre dette. Ainsi, lorsqu'elle réalise sa fonction de garantie de la valeur économique de la créance principale dans le cadre des procédures collectives, l'obligation de caution n'est plus accessoire mais plutôt autonome. Cette solution est en rupture avec la théorie classique, notamment celle que Pothier avait énoncée et qu'allaient recueillir, après lui, le Code civil et une longue tradition héritée. La caution paie désormais sa propre dette, plus tôt et davantage que le débiteur principal dans le cadre des procédures collectives et devient un débiteur de premier rang. Elle est donc tenue plus sévèrement que le débiteur principal, situation qui rappelle cette époque reculée du droit romain où les modes de cautionnement et la rigueur de l'engagement des cautions trahissaient un mélange des domaines théoriques de la garantie et de l'obligation, une confusion qu'allait plus tard dissiper l'apparition de l'idée d'« accessoire » et d'« autonomie » de la garantie dans la pensée des juristes<sup>1439</sup> suivie plus tard par la consécration légale de la lettre de garantie par le législateur OHADA, une sûreté personnelle autonome, distincte du cautionnement. Ceci devait normalement entraîner une différence de régime.

**775.** Mais le droit du cautionnement a tenté de résister aux assauts répétés des vagues envahissantes du droit des procédures collectives. Dans cette hypothèse, la seule issue de la caution reste les mesures préventives de protection contre le risque inhérent au crédit. Dès lors,

---

<sup>1437</sup> *Supra*, n° 133, 140, 164, 207, 215, 223, 227 et s.

<sup>1438</sup> Article 3 AUS.

<sup>1439</sup> Sur l'emprise de l'accessoire sur les autres sûretés personnelles, Ph. DUPICHOT, thèse préc., p. 219 et s.

lorsqu'elle limite son engagement à un montant ou à la valeur de réalisation d'un bien donné en garantie, elle ne peut prendre en charge les accessoires de la dette, du fait de la procédure collective, au-delà du plafond préfixé et peut légitimement se prévaloir d'un droit de critique des mesures inhérentes à la dette, tout comme la possibilité de rompre son engagement, lorsque le cautionnement est général<sup>1440</sup>. Dans ce cas, la mention écrite se présente comme la mesure fondamentale de limitation du contenu et de l'étendue de la dette de la caution, en sus de son rôle probatoire ou de validité du contrat de cautionnement. D'un autre côté, le devoir d'information imposé au créancier englobe le devoir de mise en garde et de bonne foi dans la conclusion et dans l'exécution du contrat de cautionnement dans la période de difficulté du débiteur<sup>1441</sup> pour éviter tout comportement de soutien abusif du créancier au débiteur défaillant : principe de proportionnalité<sup>1442</sup> et devoir de sauvegarde des intérêts de la caution sont des mesures de protection de la caution<sup>1443</sup>.

**776.** Ainsi, devenant un terrain d'expérimentation plein d'enrichissements, le droit des procédures collectives constitue moins un élément perturbateur du caractère accessoire du cautionnement qu'un révélateur de la véritable place à accorder par le législateur *mutatis mutandis* à la protection de la caution. A cet égard, la procédure de liquidation des biens peut apparaître comme le point de compatibilité entre le cautionnement et le droit des entreprises en difficulté. Elle exprime dans une large mesure la défaillance définitive du débiteur et justifie la mise en œuvre de la garantie. De plus, la clôture de la procédure collective pour insuffisance d'actif renoue avec les règles classiques du droit du cautionnement à travers la reprise des poursuites individuelles contre le débiteur mais surtout grâce au jeu de la subrogation qui permet à la caution d'hériter des droits et actions du créancier contre ce débiteur principal<sup>1444</sup>, de les exercer et lorsque que ces droits sont perdus par le fait potestatif du créancier, de poursuivre le créancier pour la perte du bénéfice de subrogation<sup>1445</sup>.

**777. Le droit prospectif : pour un droit flexible protecteur de la caution.** Le droit de la faillite, a-t-on pu écrire, a lui-même fait faillite<sup>1446</sup>. Or, le droit uniforme, s'inspirant des pratiques concordataires de cette époque révolue, a notablement accru le pouvoir de l'autorité judiciaire et accentué le dirigisme judiciaire. Si la législation de l'OHADA n'ignore pas certaines

---

<sup>1440</sup> *Supra*, n° 402.

<sup>1441</sup> *Supra*, n° 507.

<sup>1442</sup> *Supra*, n° 534 et s.

<sup>1443</sup> *Supra*, n° 572.

<sup>1444</sup> *Supra*, n° 640, 688.

<sup>1445</sup> *Supra*, n° 732 et s.

<sup>1446</sup> F. TERRE, « Droit de la faillite ou faillite du droit », *RJ com.* 1991, p. 1.

spécificités nationales, son particularisme ne doit pas être exagéré d'autant plus qu'elle reprend pour l'essentiel, les notions, principes et mécanismes du droit français et que, pour une grande part, elle ne fait que s'aligner sur l'évolution du droit français depuis les indépendances<sup>1447</sup>. Or, les résultats actuels du droit uniforme portant organisation des procédures collectives ne sont pas encourageants au regard de son interaction avec le droit du cautionnement. L'ensemble de ses ressources a été exploité et on ne voit pas comment on pourrait éviter la liquidation des biens, qui demeure l'issue ultra majoritaire de la procédure, sans prendre en compte la place de la caution dans les diverses mesures consenties au débiteur principal. M. Sawadogo, l'a si bien dit, en Afrique, les entreprises en difficulté, on en voit tous les jours mais les entreprises qui se redressent, on en cherche<sup>1448</sup>. A cet égard, en ce moment où les voix les plus autorisées s'élèvent pour une réforme de certains Actes uniformes, n'est-il pas possible de tirer quelques brefs enseignements des victoires acquises et des imperfections subies par le droit du cautionnement confronté au sauvetage des entreprises défailtantes ? Les choses ne vont certainement pas changer aussi facilement en raison de certaines résistances et pesanteurs. Mais, pour l'heure, le rôle du juge est considérable dans l'application ou l'interprétation des règles existantes.

**778.** La pratique du droit OHADA n'ira pas sans une certaine adaptabilité, une acclimatation somme toute nécessaire des nouvelles règles et des nouveaux concepts. Il convient de relativiser les « vérités établies » et de repenser le droit des procédures collectives ainsi que les principes qui le dirigent en restaurant la place naturelle et centrale que le droit commun du cautionnement doit y occuper : loin de plaider pour un maintien absolu ou dogmatique de la règle de l'accessoire, un retour à une conception conciliante de la technique accessoire du cautionnement dans le droit des procédures collectives est souhaitable. En effet, le mouvement de durcissement du sort de la caution qui caractérise le droit des entreprises en difficulté, en raison de sa rigidité, risque de se solder constamment par un constat d'échec : la liquidation des biens de l'entreprise que le législateur cherche à éviter. La procédure de règlement préventif prévue comme solution de traitement anticipé des difficultés des entreprises par l'AUPC tendrait à devenir un moyen de chantage utilisé par certains débiteurs de mauvaise foi<sup>1449</sup>. En conséquence, il importe d'introduire un peu de souplesse dans le traitement précoce des difficultés, en évitant de recourir systématiquement à une intervention judiciaire, en autorisant la caution à se prévaloir des

---

<sup>1447</sup> P. BOUREL, p. 972.

<sup>1448</sup> F. M. SAWADOGO, Commentaires sous Acte uniforme portant organisation des procédures collectives, in *OHADA. Traité et Actes uniformes*, préc., p. 873.

<sup>1449</sup> NGWE (M. A.), « L'application des actes uniformes de l'OHADA au Cameroun », *Penant*, n° 850, 2005, p. 81 et s., notamment p. 83.

mesures consenties au débiteur principal dans le cadre des procédures collectives, du moins, dans la phase du règlement préventif.

**779.** Il est incontestable que le droit doit s'adapter aux réalités économiques et sociales pour permettre, notamment le redressement des entreprises en difficulté. Néanmoins, cette « *adaptation à la réalité économique doit être par la force des choses permanente* »<sup>1450</sup>. Ainsi, la loi française du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises en difficulté peut naturellement inspirer le droit uniforme, à travers la procédure de conciliation et de sauvegarde, même en cas de cessation des paiements où les cautions continuent à bénéficier des régimes de faveur. En réalité, seule la phase de redressement judiciaire peut sembler constituer une étape nécessitant des impératifs de sacrifices de part et d'autre. Mais c'est seulement après la mise en place des mesures de redressement que les créanciers peuvent utilement mettre en œuvre la garantie. Dans ce sens, le législateur pourrait utilement réfléchir à l'opportunité de consacrer un « droit au reste à vivre » à la caution, personne physique poursuivie pour éviter son exclusion sociale. Il peut également prévoir la possibilité de déduction fiscale pour les dirigeants cautions honnêtes en cas d'une situation irrémédiablement compromise. De même, un principe de proportionnalité explicite dans l'engagement de la caution doit être envisagé tout comme un devoir général du créancier de contracter et d'exécuter le cautionnement de bonne foi ainsi que la prise en compte des intérêts de la caution dans les divers comportements du créancier dans le cadre des procédures collectives.

**780.** Pour une meilleure protection, une distinction sur certains points fondée sur la qualité professionnelle ou non professionnelle de la caution s'impose<sup>1451</sup>. Une distinction mérite d'être faite entre la caution profane et la caution avertie. Dès lors, loin d'affaiblir la sécurité conférée par la garantie de cautionnement, une habile consécration des devoirs du créancier pourrait au contraire l'inciter à produire la créance cautionnée à la procédure pour sauvegarder les recours de la caution. Il en va également ainsi des droits et actions préférentiels ou conférant un avantage particulier au créancier inhérents à la créance susceptible d'être transmise à la caution, d'une part, et constituer la clé du délicat équilibre entre l'exigence d'une protection de la caution profane contre l'endettement d'autrui peu naturel et celle fondamentalement indispensable au crédit d'une protection du créancier contre le risque d'insolvabilité, d'autre part.

---

<sup>1450</sup> R. RANDOUX, « La spécialisation des sociétés », *Mélanges A. WEILL*, p. 490.

<sup>1451</sup> Comp. C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 382, 2002 ; Ph. DUPICHOT, préc., n° 963.

## BIBLIOGRAPHIE

### I - OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS ET COURS

ALBIGES (Ch.) et DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Droit des sûretés*, Dalloz, 2007.

ANOUKAHA (F.), *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, Presses universitaires africaines, Yaoundé, 1998.

ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA-SAYEGH (J.), NDIAYE (I. Y.) et SAMB (M.), *OHADA. Sûretés*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

ANOUKAHA (F.), CISSE (A.), DIOUF (N.), NGUEBOU TOUKAM (J.), POUGOUE (P.-G.) et SAMB (M.), *OHADA, Sociétés commerciales et G. I. E.*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

ARGENSON (J.) et TOUJAS (G.), *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., Librairies techniques, 1973.

ATIAS (Ch.), *Droit civil, Les biens*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 1999.

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. I, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Marchal-Billard, 1871.

AUBRY (C.) et RAU (C.), *Cours de droit civil français*, 7<sup>e</sup> éd., T. VI, par PONSARD (A.) et DEJEAN de la BATIE (N.), Librairies Techniques, 1975.

AYME (M.), *Le confort intellectuel*, Flammarion, 1949.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et BARDE (L.), *Des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 1906.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.) et WAHL (A.), *Traité théorique et pratique de droit civil. Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, 3<sup>e</sup> éd., Sirey, 1907.

BEIGNIER (B.), *Dictionnaire de la culture juridique* (sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS), PUF, 2003.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1985.

BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2003.

BEUDANT (Ch.), *Cours de droit civil français*, T. XIII : *Les sûretés personnelles et réelles*, 1<sup>re</sup> éd., Paris, Rousseau, 1900.

BEUDANT (Ch.) et LEREBOURS-PIGEONNIERE (R.), *Cours de droit civil français*, tome XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, 2<sup>e</sup> éd., par VOIRIN (P.), Paris, Rousseau, 1948.

BOISTEL (A.), *Cours de droit commercial*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Fontemoing, 1890.

BONNEAU (Th.), *Droit bancaire*, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1996.

BOUVENET (G.) et BOURDIN (R.), *Codes et Lois du Cameroun*, tome IV, Economie générale et finances publiques, 1958.

BRAVARD-VEYRIERES (P.), *Traité de droit commercial*, Des faillites, 2<sup>e</sup> éd., par Ch. DEMANGEAT, Paris, 1890-1892.

BRUNET (E.), (avec la collaboration de A. VAN MEERBEKE et A. BERNARD), *Traité pratique avec formule et textes des législations belge, française et luxembourgeoise*, Bruxelles, Bruylant, 1934.

BUFFELAN-LANORE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., Armand Colin, Paris, 2004.

BUSSY (J.), *Droit des affaires*, 2<sup>e</sup> éd., préface CHAPUT (Y.), Presses de Sc. Po. et Dalloz, 2004.

CABRILLAC (M.) et MOULY (Ch.), *Droit des sûretés*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2002.

CABRILLAC (M.) et MOULY (Ch.), S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2007.

CAPITANT (H.), TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, 11<sup>e</sup> éd., 2000.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens*, 18<sup>e</sup> éd., PUF, 1998.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction*, 26<sup>e</sup> éd., PUF, coll. Thémis, Paris, 1999.

CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 2004.

CHAPUT (Y.), *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, PUF, 1986.

CHAPUT (Y.), *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, PUF, 1996.

COLASSE (B.), *Comptabilité générale*, coll. Gestion, 7<sup>e</sup> éd., 2001.

COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2006.

CORNU (G.), *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie générale du droit civil*, Paris, Les cours de droit civil, 1970-1971.

CORNU (G.), *Regards sur le titre III du livre III du Code civil*, Cours photocopié du DEA de droit privé, 1976-1977.

CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Montchrestien, 1990.

CORNU (G.), *Droit civil. Introduction, les personnes, les biens*, 11<sup>e</sup> éd., Montchrestien, Paris, 2003.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2004.

COURET (A.), DEVEZE (J.) et HIRIGOYEN (G.), « Les garanties du crédit », *Lamy droit du financement*, 1994.

DAUNIZEAU (J.-M.), *Les entreprises en difficulté. Pratique bancaire et juridique*, préface CREDOT (F.-J.), La revue Banque éditeur, 1996.

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général, Les notions fondamentales du droit privé*, T. II, Paris, Rousseau, 1911.

DEMOLOMBE (M. C.), *Cours de code Napoléon, Vol. XXVII : Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Durand et Pédone Lauriel ; Hachette et Cie ; Cosse, marchal et Billard, 1878-1882.

DERRIDA (F.), GODE (P.) et SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1991.

DIDIER (P.), *Droit commercial*, t. 5, *L'entreprise en difficulté*, PUF, coll. Thémis, 1995.

DURANTON (A.), *Cours de droit français suivant le Code civil*, tome XVIII, Paris, Gobelet, 1824.

ELDERS (L. J.), *La métaphysique de saint Thomas d'Acquin- Dans une perspective historique*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1994.

ETOUNDI (F. O.), *Droit OHADA et exécution provisoire*, Collection Pratique et contentieux du droit OHADA, Presses NUMERIX.com, 2006.

FENET (P. A.), *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, Librairie, 1827.

FENEON (A.) et GOMEZ (J. R.), OHADA, *Droit commercial général*, EDICEF, éd. FFA, 1999.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations, L'acte juridique*, 12<sup>e</sup> éd., Sirey, 2006.

FONTAINE (M.) et VINEY (G.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, (sous la direction de), Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2001.

FRANCOIS (J.), *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004.

GIRARD (A. E.), *Précis de droit romain*, 2<sup>e</sup> éd., 1936.

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993.

GHESTIN (J.) et BILIAU (M.), *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 1992.

GOMEZ (J. R.), OHADA. *Entreprises en difficulté. Lecture de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif à la lumière du droit français*, préface DELBECQUE (Ph.), Bajag-Meri, Revue d'Analyses et de Perspectives africaines, 2003.

GREGOIRE (M.), *Publicité foncière, Sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

- GUGGENHEIM (D.), *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, 2<sup>e</sup> éd., Georg, Genève, 1993.
- GUILLOUARD (L.), *Traité du cautionnement et des transactions*, 2<sup>e</sup> éd., Durand et Pédone-Lauriel, Paris, 1895.
- GUINNESS (K. P. Mac), *The law of guarantee ; A treatise on Guarantee, Indemnity and Standby Letter of Credit*, 2<sup>e</sup> éd., Carswell, Scarborough, Ontario, Canada, 1996.
- GUYON (Y.), *Droit commercial (règlement judiciaire, liquidation des biens, suspension provisoire des poursuites, faillites)*, Les cours de droit, 1978-1979.
- GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 2, *Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire, Faillite*, 9<sup>e</sup> éd., Economica, 2003.
- HAURIOU (M.), *Principes de droit public*, 1<sup>re</sup> éd., Sirey, 1910.
- HERON (J.), *Droit judiciaire privé*, 2<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1991.
- HILAIRE (J.), *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986.
- KÖTZ (H.) et FLESSNER (A.), *European Contract Law*, Oxford, 1997.
- HOUIN (R.), *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Sirey, 1962.
- HOUPOUËT-BOIGNY (F.), *Anthologie des discours 1946-1978*, Abidjan CEDA, vol. 1, p. 742 et s.
- ISSA-SAYEG (J.), POUGOUE (P.-G.), SAWADOGO (F. M.) (sous la direction de), *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>e</sup> éd., Juriscope, 2008.
- ITHURBIDE (R.), *Histoire critique de la faillite*, LGDJ, 1973.
- JACQUEMONT (A.), *Droit des procédures collectives. Procédure d'alerte, règlement amiable*, 7<sup>e</sup> éd., Litec, 1997.
- JAPIOT (R.), *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 3<sup>e</sup> éd., 1935.
- JEANTIN (M.), *Droit des faillites et restructuration du capital*, PUF, 1982.
- JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial, Instruments de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1999.
- JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.), *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, 7<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 2007.
- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), *Droit des sûretés*, Sirey, 2007.
- JOSSERAND (L.), *Cours de droit civil positif français*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1933.

- KOUASSI (C.), *Traité des faillites et liquidations judiciaires en Côte d'Ivoire, études juridiques et formulaires*, éditions SOCOGEC, Abidjan, collection espace entreprise, 1987.
- LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Vol. 1, 4<sup>e</sup> éd., Quadrige, PUF, 1997.
- LAMBERT (G.), *Cours de droit civil, Droit du patrimoine*, Sainte Ruffine, éd. Maisonneuve, 1971.
- LAURENT (F.), *Principes de droit civil français*, 3<sup>e</sup> éd., tome XXVIII, Durand et Pédone Lauriel, Paris, 1877.
- LE CANNU (P.), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M.) et SENECHAL (J.-P.), *Entreprises en difficulté*, GLN Joly, 1994.
- LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz/Action, 2003/2004.
- LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz/Action 2006/2007.
- LE CORRE (P.-M.) et LE CORRE-BROLY (E.), *Droit des entreprises en difficulté*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 2006.
- LEDOUX (J.-L.), *Le crédit*, Bruxelles, Kluwer éditions, 1997.
- LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd. 2004.
- LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd. 2006.
- LUCAS (F.-X.) et LECUYER (H.) (Sous la direction de), *La réforme des procédures collectives. La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ, 2006.
- LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.), avec la collaboration de AMIAUD (A.), *Des faillites, des banqueroutes et des liquidations judiciaires, Traité de droit commercial*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1934.
- MACQUERON (J.), *Le cautionnement, Cours des Pandectes*, Aix-en-Provence, 1950-1951.
- MALAUURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Introduction à l'étude du droit*, par Malaurie (Ph.), 2<sup>e</sup> éd., Cujas, 1994.
- MALAUURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les sûretés et la publicité foncière*, 9<sup>e</sup> éd., par AYNES (L.), Cujas, 1998-1999.
- MALAUURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les sûretés et la publicité foncière*, par AYNES (L.) et CROCQ (P.), Defrénois, 2004.
- MALAUURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les sûretés et la publicité foncière*, par AYNES (L.) et CROCQ (P.), 2<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2006.
- MARCADE (J.-B.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7<sup>e</sup> éd., tome IV, 1873.

MARTOR (B.), PILKINGTON (N.), SELLERS (D.), THOUVENOT (S.), *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, avec la participation de ANCEL (P.), LE BARS (B.) et MASAMBA (R.), Litec, 2004.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, tome 1, *Les sources*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1988.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.) et JESTAZ (Ph.), *Les sûretés, la publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd., par Ph. JESTAZ (Ph.), Sirey, 1987.

MAZEAUD (H. L. et J.), *Leçons de droit civil, Sûretés, publicité foncière*, 6<sup>e</sup> éd., par RANOUIL (V.) et CHABAS (F.), Montchrestien, 1988.

MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1<sup>er</sup>, *Obligations, Théorie générale*, 9<sup>e</sup> éd., par CHABAS (F.), Montchrestien, 1999.

MAZEAUD (H., L. et J.), *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1<sup>er</sup>, *Sûretés. Publicité foncière*, 7<sup>e</sup> éd., par CHABAS (F.) et PICOD (Y.), Montchrestien, 1999.

MERZ (H.), *Droit des obligations*, in *Traité de droit privé suisse*, vol. VI, t. 1, traduit de l'allemand par GIOVANNONI (P.), éditions universitaires, Fribourg, Suisse, 1993.

OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Précis Dalloz, 1999.

PARDESSUS (J.), *Cours de droit commercial*, 5<sup>e</sup> éd., t. V, 1841.

PAYETTE (L.), *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, éd. Y. Blais, Cowansville, Québec, 1994.

PERCEROU (J.), *Des faillites & des banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, avec la collaboration de M. DESSERTAUX, Librairie Arthur Rousseau, 1935.

PEROCHON (C.), *La technique comptable fondamentale*, éd. Foucher, Paris, 1983.

PEROCHON (F.) et BONHOMME (R.), *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1997.

PEROCHON (F.) et BONHOMME (R.), *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2003.

PEROCHON (F.) et BONHOMME (R.), *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2006.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, T. XI : *Contrats civils*. Deuxième partie, 2<sup>e</sup> éd., par SAVATIER (R.), LGDJ, 1954.

PONSOT (D. A.), *Traité du cautionnement en matière civile et commerciale*, Paris, Guilbert, Librairie éditeur, G. Thorel, librairie, 1844.

PONT (P.), *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. IX, 1867.

PONT (P.), *Traité des petits contrats*, Tome II, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Delamotte et fils, Librairies éditeurs, 1878.

PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil, Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2006.

POTHIER (R. J.), *Traité des obligations*, par M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, Tome II, Paris, Videcoq père et fils, Cosse et N. Delamotte, 1848.

RAYNAUD (P.), *Les contrats ayant pour objet une obligation*, cours DEA, Paris II, 1977-1978.

RENOUARD (A. Ch.), *Traité des faillites et banqueroutes*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 1857.

RIPERT (G.) et BOULANGER (J.), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1952.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), par DELEBECQUE (Ph.) et GERMAIN (M.), *Traité de droit commercial*, t. 2, 16<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2000.

RIPERT (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949, coll. Reprint, 1996.

ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 1999.

ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophiques des valeurs sociales*, Sirey, 1946.

SAINT-ALARY HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1999.

SAWADOGO (F. M.), *OHADA. Entreprises en difficulté*, Bruylant, Bruxelles, 2002.

SERRES (C.), *Les institutions du droit français suivant l'ordre de celles de justiniens*, 2<sup>e</sup> éd., éd. Vve Cavelier et fils, 1760.

SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Droit civil, Les sûretés et la publicité foncière*, 4<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, Paris, 2004.

SOINNE (B.), *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, 2<sup>e</sup> éd., Litec, 1995.

SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, Sirey, 1961.

SCYBOZ (G.), *Traité de droit privé suisse, Tome VII, Le cautionnement, Le contrat de garantie*, 1<sup>re</sup> éd. Fribourg, 1977.

THALLER (E.), *Traité général théorique et pratique de droit commercial, Des faillites et des banqueroutes et des liquidations judiciaires*, par PERCEROU (J.), t. 1, Rousseau éditeur, 1907.

THALLER (E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, 6<sup>e</sup> éd., par J. PERCEROU, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1922.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2005.

THERY (Ph.), *Sûretés et publicité foncière*, 1<sup>re</sup> éd., PUF, 1988.

THERY (Ph.), *Sûretés et publicité foncière*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 1998.

TOTSI (F.) et CROSTO (A.), *L'impayé et l'entreprise*, éd. Administrative, Paris, 1978.

TROPLONG (R.-Th.), *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code, Du cautionnement et des transactions*, tome 17, Paris, 1846.

VIANDIER (A.) et LAUZAINGHEIN (C. de), *Droit comptable*, 2<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 1993.

VICENS (E.), *Exposition raisonnée de législation commerciale et examen critique du code de commerce*, t. 1, Paris, 1821.

Von TUHR (A.), *Partie générale du code fédéral des obligations*, 1<sup>er</sup> vol., traduit de l'allemand par M. de TORRENTE et E. THILO, Imprimerie Vaney-Bunier SA, Lausanne, Suisse, 1929.

WAHL (A.), *Précis de droit commercial*, 1920.

ZENATI (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 1997.

## II - OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES

ANCEL (P.), *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, thèse, Dijon, 1981.

ANCEL (P.), *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Dalloz, 1989.

APOSTOLEANU (G.-V.), *Théorie de l'homologation en droit privé français*, thèse Paris, Jouve et Cie Editeurs, 1924.

ARTHOZOUL (A.), *Le cautionnement (dans le cadre de la nouvelle loi) dans le redressement et la liquidation judiciaires*, thèse Toulouse 1, 2002.

ATTARD (J.), *Le prêt d'argent, contrat unilatéral ou contrat synallagmatique*, préface DELEBECQUE (Ph.), PUAM, 1999.

AYNES (L.), *Le cautionnement*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1997.

BACACHE-GIBEILI (M.), *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préface LEQUETTE (Y.), thèse Paris, LGDJ, 1996.

BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, thèse Paris II, 2001.

BASTIAN (D.), *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, Sirey, 1929.

BASTIN (J.), *Le paiement de la dette d'autrui*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1999.

- BAUDRON (A. M.), *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, thèse Dijon, préface GAVALDA (C.), LGDJ, 1979.
- BIQUET-MATHIEU (Ch.), *Le sort des intérêts dans le droit du crédit. Actualité ou désuétude du Code civil ?*, préface MOREAU-MARGREVE (I.), éd. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Liège, 1998.
- BOISNEAULT, *De la cessation des paiements à la situation difficile comme critère du déclenchement des procédures collectives*, thèse, Aix, 1980.
- BONNECASE (J.), *La faillite virtuelle. Etude de jurisprudence*, thèse Toulouse, 1904.
- BONNICHON (E.), *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*, éd. Rousseau, 1900.
- BOUCARD (F.), *Les obligations d'information et de conseil du banquier*, préface LEGAIS (D.), PUAM, 2002.
- BOURASSIN (M.), *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006.
- BOYER (G.), *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse Toulouse, 1924.
- BOYER (L.), *La notion de transaction. Contribution à l'étude des concepts de cause finale et d'acte déclaratif*, Thèse Toulouse, 1947.
- BROCARD (E.), *La place du cautionnement dans les procédures de règlement du passif et de redressement judiciaire du débiteur*, thèse Reims, 1996.
- CADIERGUES (E.), *Du cautionnement réel*, thèse Montpellier, Imprimerie Firmin et Montane, Montpellier, 1897.
- CAPITANT (H.), *De la cause des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 1927.
- CHVIKA (E.), *Droit privé et procédures collectives*, préface BONNEAU (Th.), Defrénois, 2003.
- CERATI-GAUTHIER (A.), *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, PUAM, 2002.
- CERLES (A.), *Le cautionnement et la banque*, 2<sup>e</sup> éd., Banque Edition, 2008.
- CERMOLACCE (A.), *Cause et exécution du contrat*, thèse Aix-Marseille, préface MESTRE (J.), 2001.
- COMPARATO (F. K.), *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, préface TUNC (A.), Thèse Paris, Dalloz, 1963.
- COUDERT (J.), *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, thèse Nancy, 1957.
- CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, préface GOBERT (M.), LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 248, 1995.

- DATRY (E.), *L'échéance* (Délais de grâce et moratoires), thèse Lyon, 1945.
- DE SAMBA (A. A.), *OHADA. La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales*, Les éditions de la rose bleue, Lomé, 2005.
- DELPRAT (M.), *Du cautionnement réel*, thèse Paris, Larose et Forcel, 1885.
- DETCART (H.), *De la caution réelle*, thèse Bordeaux, Imprimerie Y. Cadoret, Bordeaux, 1898.
- DJIMASNA (N.), *Réflexions sur l'efficacité des sûretés personnelles dans le droit uniforme issu du Traité de l'O. H. A. D. A.*, thèse Orléans, 2006.
- DROBNIG, *Le cautionnement dans le droit des Etats membres des communautés européennes*, Bruxelles, Publication de la Commission des Communautés européennes, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht de Hambourg), DROBNIG (sous la direction de), coll. Etudes, Série Concurrence-Rapprochement des législations, 1971.
- DUPICHOT (Ph.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préface GRIMALDI (M.), éd. Panthéon Assas, 2005.
- ETOUNDI (F. O.), *L'incidence du nouveau droit communautaire OHADA sur le droit interne de l'exécution des décisions de justice en matière non répressive : cas du Cameroun*, thèse de doctorat d'Etat en Droit Privé, Yaoundé, 2005.
- ENGEL-CREACH (A.), *Les contrats judiciairement formés*, préface BENABENT (A.), Economica, 2002.
- FABIANI (D.), *La cession judiciaire des contrats*, thèse Nice, 1988.
- FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, préface GHESTIN (J.), LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1992.
- FIN-LANGER (L.), *L'équilibre contractuel*, préface THIBIERGE (C.), LGDJ, 2002.
- FRANCOIS (J.), *Les opérations juridiques triangulaires attributives. Délégation de créance et stipulation pour autrui*, thèse Paris II, 1994.
- GARRAUD (R.), *De la déconfiture et des améliorations dont la législation sur cette matière est susceptible*, Paris, Marescq, 1880.
- GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, préface GHOZI (A.), Bibliothèque de droit privé, Tome 316, 1999.
- GHOZI (A.), *La modification de l'obligation par la volonté des parties, Etude de droit civil français*, préface TALLON (D.), LGDJ, thèse Paris, 1980.
- GOSSOU (S.), *La distribution de l'assurance par les banques*, préface OPHELE (Cl.), PUAM, 2006.
- GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé*, préface TALLON (D.), LGDJ, Bibl. droit privé, Tome 166, 1980.

GOUTAL (J. L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préface BATTIFOL (H.), thèse Paris, LGDJ, 1982.

GRANCHET (G.), *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, LGDJ, 1962.

GRIMAUD (D.), *Le caractère accessoire du cautionnement*, préface LEGEAIS (D.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001.

GRIMONPREZ (B.), *De l'exigibilité en droit des contrats*, LGDJ, 2006.

GRYNBAUM (L.), *Le contrat contingent. L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, préface GOBERT (M.), LGDJ, 2004.

HAEL (J.-P.), *Les techniques de renflouement des entreprises en difficulté*, préface DIDIER (P.), Librairie de la cour de cassation, 1981.

HAUSER (J.), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, préface RAYNAUD (P.), LGDJ, 1971.

HENAFF (J.-L.), *La continuation des contrats dans la faillite*, thèse Metz, 1983.

HONTEBEYRIE (A.), *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, préface AYNES (L.), Economica, 2004

JACOB (F.), *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préface SIMLER (Ph.), LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 294, 1998.

JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une théorie nouvelle*, thèse, Dijon, Librairie A. Rousseau, 1909.

KOUAKOU (A. C.), *La portée du caractère accessoire du cautionnement*, thèse Nice, 1985.

LABBE (M.), *Le règlement amiable (Loi du 1<sup>er</sup> mars 1984)*, thèse Paris, 1987.

LACHIEZE (Ch.), *Le régime des exceptions dans les opérations juridiques à trois personnes en droit civil*, thèse Bordeaux IV, 1996.

LARROUMET (Ch.), *Les opérations juridiques à trois personnes*, thèse, Bordeaux, 1968.

LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préface MUIR-WATT (H.), LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000.

LECOMPTE (H.), *Essai sur la notion de faculté en droit civil*, thèse Paris, 1930.

L'HUILLIER (L.), *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, thèse Genève, Imprimerie du Journal de Genève, Suisse, 1947.

MACQUERON (J.), *Le cautionnement, moyen de pression dans la pratique contemporaine de Cicéron*, Annales de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, nouvelle série, 1958, t. L, p.101 à 132.

- MALEVILLE (M.-H.), *Pratique de l'interprétation des contrats, Etude jurisprudentielle*, Publication de l'université de Rouen, 1991.
- MARIANI-RIELA (M. C.), *Le règlement amiable des entreprises*, thèse Nice, 1991.
- MATET (P.), *Le rôle de la caution (analyse de droit et sociologie)*, thèse Paris, 1978.
- MAZEAUD (D.), *La notion de clause pénale*, préface CHABAS (F.), LGDJ, 1992.
- MENDEGRIS (R.), *La nature juridique de la compensation*, préface CATALA (P.), LGDJ, 1969.
- MESTRE (J.), *La subrogation personnelle*, LGDJ, 1979.
- MONKAM DJADJI (M.), *Les problèmes juridiques et fiscaux soulevés par le cautionnement dans les procédures collectives*, thèse Paris XIII, 1990.
- MONSERIE (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Litec, 1994.
- MORRIS-BECQUET (G.), *L'insolvabilité*, préface CROZE (H.), PUAM, 2002.
- MOULY (Ch.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, préface CABRILLAC (M.), Bibliothèque de droit de l'entreprise, Litec, 1979.
- NAJJAR (I.), *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préface RAYNAUD (P.), LGDJ, 1967.
- NGAFAOUNAIN (J.), *Les mécanismes de protection de la caution*, thèse Orléans, 1994.
- NIGOUL (J.), *Du cas particulier d'extinction du cautionnement prévue par l'article 2037 du Code civil*, thèse Toulouse, 1897.
- NOBLOT (C.), *La qualité du contractant comme critère légal de protection*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 382, 2002.
- PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Editions Confluences, coll. Voix de la cité, 1999 (cosigné par Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Malleville).
- POULET (Y.), *L'abstraction de la garantie bancaire automatique*, thèse Louvain la Neuve, 1982.
- PRIGENT (S.), *L'engagement pour autrui*, préface CADIET (L.), Coll. des thèses de doctorat et notariat, t. 12, La Baulle, 2002.
- PRÜM (A.), *La garantie à première demande*, préface TEYSSIE (B.), Litec, 1994.
- PUTMAN (E.), *La formation des créances*, thèse Aix- Marseille, 1987.
- REIGNE (P. A.), *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris II, 1993.

- REYMOND DE GENTILE (M.-J.), *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, thèse Paris, t. 25, Sirey, Bibliothèque de droit commercial, 1973.
- RIEG (A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, préface PERROT (R.), LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 19, 1961.
- RIZZO (F.), *Le traitement juridique de l'endettement*, préface MESTRE (J.), thèse Aix-Marseille, 1996.
- ROBINE (L.), *L'interprétation des textes exceptionnels en droit civil français*, préface BONNECASE (J.), thèse Bordeaux, 1933.
- ROCHFELD (J.), *Cause et type de contrat*, préface GHESTIN (J.), Bibl. de droit privé, tome 311, LGDJ, 1999.
- RODIERE (A.), *De la solidarité et de l'indivisibilité*, Paris, Durand, 1852.
- ROSSI (T. R.), *La garantie bancaire à première demande*, thèse Lausanne, Méta-Editions, 1989
- ROUHETTE (G.), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965.
- ROUSSEL GALLE (Ph.), *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, thèse Dijon, 1997.
- ROULAND (M.), *La qualité de la créance*, thèse Paris X-Nanterre, 2007.
- RUBELLIN (P.), *Régimes matrimoniaux et procédures collectives*, thèse Strasbourg, 1999.
- SAADE (Mc), *Le concordat préventif en droit libanais et en droit comparé*, thèse Paris I, 1984.
- SALEILLES (R.), *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901.
- SALHI (K.), *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, thèse Caen, 2004.
- SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, tome I, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1952.
- SEGONDS-DOMART (E.), *L'application des procédures collectives aux débiteurs personnes physiques. Evolution comparée du droit français et du droit américain*, thèse Paris I, 2004.
- SIGALAS (P. A.), *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, thèse Aix, 1959.
- SIMLER (Ph.), *Cautionnement et garanties autonomes*, 3<sup>e</sup> éd., Litec, 2000.
- SOULIE (J.), *Le cautionnement réel sous forme hypothécaire*, thèse Toulouse, Imprimerie Cléder, 1913.

SOUPGUI (E.), Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA, thèse Yaoundé II SOA, 2008.

SOUSTELLE (P.), *Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, thèse Saint-Etienne, 1996.

TAHA (M. K.), *Etude analytique et critique de la faillite virtuelle en droit français et en droit égyptien*, thèse Paris, 1948.

THUILLIER (B.), *L'autorisation (Etude de droit privé)*, LGDJ, 1996.

THOMAS (Y.), *Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, thèse Paris II, 1978.

### III - ARTICLES, CHRONIQUES, COMPTES RENDUS ET RAPPORTS

ABITBOL (E.), « La famille conjugale et le droit nouveau du mariage en Côte Ivoire », *Penant*, n° 712, 1966, p. 305.

ADJITA (A. S.), « Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme OHADA », *Penant*, n° 844, juill.-sept. 2003, p. 279 et s.

AMIÉL-COSME (L.), « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices, Revue générale de droit processuel*, janv.-mars 1997, p. 135.

ANCEL (P.), « Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes ? », *Droit et patrimoine*, 1998, p. 96.

ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

ANDRE (M. E.), « Le sort des cautions en cas de poursuite de la relation cautionnée », *Mélanges MOULY (Ch.)*, t. II, 265 et s.

ANSELME-MARTIN (O.), « Pour un retour à la clôture du compte courant bancaire en cas de redressement du client », *RD bancaire* 1997, 55.

ASSOGBAVI (K.), « Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA », *Penant*, 2000, n° 832, p. 55.

ASSI-ESSO (A.-M.), Commentaires sur le livre II de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, *OHADA. Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>e</sup> éd., 2008, Juriscope, p. 771.

ATIAS (Ch.), « Le crédit dénaturé », *D.* 1996, chron. 328.

ATIAS (Ch.), « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », *Mélanges CABRILLAC (M.)*, Dalloz, 1999, p. 339 et s.

ATIAS (Ch.) et LINOTTE (D.), « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron. p. 251 et s.

- AUBERT (J.-L.), « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.* 1993, p. 263.
- AVENA-ROBARDET (V.), « Réforme inopinée du cautionnement », *D.* 2003, n° 30, p. 2083.
- AYNES (L.), « Crise économique et rapports de droit privé », in *La crise et le droit*, Journée R. Savatier, 1995, p. 57 et s.
- AYNES (L.), « Le cautionnement », *Lamy droit des sûretés*, 2005, n° 120-57.
- AYNES (L.), « Actualité des sûretés réelles et personnelles », *Rev. Lamy droit civil*, fév. 2005, n° 13, pan. p. 13.
- AYNES (L.), « Vers une déontologie du contrat ? », *Bull. inf. C. cass.*, 2006, n° 646, p. 4.
- AYNES (L.), « Les exceptions que la caution ne peut invoquer », *Lamy droit civil*, sept 2007, p. 25 et s.
- AYNES (L.), « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », *D.* 2007, 961.
- AYNES (L.) et DUPICHOT (Ph.), « Les grandes lignes d'un nouveau paysage », *chron. Droit et patrimoine*, oct. 2007.
- BA (M. B.), « La garantie des engagements de tiers par les banques. Remarques sur l'Avis consultatif n° 2/2000 EP de la CCJA du 26 avril 2000 », *ohada.com/ohadata*, D-03-10.
- BALENSI (I.), « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD civ.* 1978, p. 24 et s.
- BAYLE (M.), « Le règlement amiable », *RTD com.*, 1988, n° 1, p. 2.
- BARRIERE (F.), « La fiducie », *Bull. Joly sociétés* 2007, *chron.*, § 119 et 144.
- BEAUDOIN (L.), « De la notion de cessation des paiements », *JCP G* 1934, I, p. 1029.
- BEGUET (J.-P.), « Etude critique de la notion de fin de non recevoir », *RTD civ.* 1947, p. 133 et s.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Cautionnement des dettes sociales par un dirigeant », *RJDA*, 1/1991, p. 10.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Rapport introductif », in « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », colloque de Paris du 20 mars 1998, *Petites affiches*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 3 et s.
- BEHAR-TOUCHAIS (M.), « Le banquier et la caution face à la défaillance du débiteur », *RTD civ.* 1993, 737.
- BENABENT (A.), « L'hybridation des contrats », *Mélanges JEANTIN*, 1999, p. 28.
- BENABENT (A.), « La bonne foi dans les relations entre particuliers dans l'exécution du contrat », *Rapport français*, p. 291 et s., *Travaux de l'Association Henri CAPITANT, La bonne foi*, t. 43, 1992, Litec, 1994, spéc. p. 298 et s.

- BERGEL (L.), « Différence de nature = (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, p. 255 et s.
- BERNHEIM (Y.), « Le fait générateur de la comptabilisation des transactions », *Rev. française de la comptabilité*, mai 2002, p. 30-33.
- BERTRAND (E.), « Le rôle de la dialectique en droit privé positif », *D.* 1951, chron. p. 151.
- BESSE (J.), « Réflexions critiques sur la formule ‘passif exigible et exigé’ », *Rev. proc. coll.*, 2000, p. 39.
- BETANT-ROBET (S.), « La décharge de la caution par application de l’article 2037 », *RTD civ.* 1974, p. 9 et s.
- BIGOT (J.), « L’assurance et la loi relative à la sécurité financière- L. n° 99-532 du 25 juin 1999 et D. n° 99-688 et n° 99-718 du 3 août 1999 », *JCP G.*, 1999, I, n° 166.
- BOCCARA (D.), « Procédures collectives et contrats en cours », *JCP E* 1994, I, 335.
- BOCCOVI (A.) et SOW (O.), in « La semaine juridique du banquier-Espace OHADA », 05 au 09 nov. 2007, [www.sire-OHADA.com](http://www.sire-OHADA.com).
- BOIZARD (H.), « Les intérêts bancaires débiteurs et la procédure de redressement judiciaire et de la liquidation des biens », *JCP E* 1988, suppl. n° 14 et 18, p. 26.
- BONNEAU (Th.), « De quelques apports de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l’épargne et à la sécurité financière au droit régissant le secteur financier », *JCP G* 1999, I, n° 168 et *JCP E* 1999, p. 1378 ; *RD bancaire et bourse* 1999, p. 136.
- BONNECASE (J.), « *La faillite virtuelle et la notion juridique de la cessation des paiements* », *Annales de droit commercial*, 1910, p. 353 et s.
- BONNET (V.), « Le cautionnement réel est-il réellement un cautionnement ? », *D.* 2000, jur. p. 301.
- BORD (G.), « Faillite, Effets : actes et procédure préparatoires », *Rép. com. Dalloz*, n° 278 et s.
- BOUCARD (F.), « Les devoirs généraux du banquier », *J-Cl. com.*, fasc. 343, 2003, n° 1.
- BOULAY (J.-Ch.), « Réflexions sur la notion d’exigibilité de la créance », *RTD com.* 1990, p. 339.
- BOULEZ (Ch.), « La caution solidaire et le redressement judiciaire du débiteur principal: incidences des remises prévues au plan de continuation de l’entreprise », *Gaz. Pal.*, 11 janv. 1994, doct., p. 46
- BOULOC (B.), « Le cautionnement du dirigeant de société », *RJ com.* 1992, n° 4.
- BOURDALLE (N.) et LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « Le développement jurisprudentiel de l’obligation de mise en garde du banquier », *Banque et Droit*, 2006, n° 107, p. 17.

BOUREGHDA (M.), « La consécration du particularisme des faillites financières. Décret n° 2000-1307 du 26 décembre 2000 », *JCP G* 2001, Act., p. 525.

BOUREL (P.), « A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *D.* 2007, chron. p. 969 et s.

BOURRIE-QUILLET, « La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif, pratique judiciaire », *JCP G* 1998, I, 112 et *JCP E* 1998, p. 455 et s.

BOY (L.), « L'hommage de la cour de cassation à la fonction bancaire », *Petites affiches* 1989, n° 32, p. 10.

BREDIN (J.), « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIII, 1959-1960.

BREMOND (V.), « Le cautionnement réel est aussi ... un cautionnement », *JCP N* 2002, I, 1640.

BROCARD (E.), « La loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises. Brèves observations sur la situation de la caution », *Act. Lég. D.* 1994, p. 169 et s.

BROCARD (E.), « Les procédures d'insolvabilité et les contrats de sûretés personnelles », *Petites affiches*, 24 nov. 2006, p. 7 et s.

BROU KOUAKOU (M.), « Le droit de rétention en droit ivoirien : conditions d'exercice et prérogatives du rétenteur à propos de l'affaire Société SATZ Mali/ Société Incart FIAT », *Etudes Offertes à ISSA-SAYEGH (J.)*, AIDD, 2006, p. 90.

BROU KOUAKOU (M.), « Le droit OHADA des sûretés. Innovations et limites », in *Les débats du CAFIDA*, éd. MK Conseil et formation, mars 2003, p. 55.

BROU KOUAKOU (M.), « Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire », communication faite lors du séminaire de formation des notaires au 17<sup>e</sup> congrès des notaires d'Afrique à N'Djamena, au Tchad, du 22 au 24 nov. 2005, *Penant*, juill.-sept. 2006, n° 856, p. 273-284 ; [ohada.com/ohadata](http://ohada.com/ohadata), D-06-53.

BRUNETTI-PONS (C.), « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 783 et s.

BUY (F.), « Recodifier le droit du cautionnement (à propos du rapport sur la réforme du droit des sûretés) », *Rev. Lamy, droit civil*, n° 18, juill.-août 2005, p. 27.

CAPITANT (H.), Rapport français sur « Les répercussions des variations de la valeur de la monnaie sur l'économie des contrats », in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. VIII, 1955, p. 208.

CABRILLAC (M.), « Les accessoires de la créance », *Mélanges Weill (A.)*, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 et s.

CABRILLAC (M.), « Le banquier peut-il être contraint de réaliser au profit d'une entreprise en règlement judiciaire la totalité d'une ouverture de crédit en compte courant ? », *JCP E* 1986, 15579.

CALENDINI (J.-M.), « Le redressement judiciaire et la continuation d'une ouverture de crédit », *Petites affiches*, 1987, n° 33, p. 4 et s.

CALENDINI (J.-M.), « Les crédits accordés par les établissements de crédit après l'ouverture de redressement judiciaire », *Banque et droit*, 1990, p. 135 et s.

CALENDINI (J.-M.), « La détermination des contrats cédés en application de l'article 86 de la loi de 1985 », *RJ com.*, n° spéc., nov. 1992, p. 110 et s.

CALVO (J.), « L'action en comblement de passif et la notion de faute de gestion », *Petites affiches*, 27 mai 1998, p. 13.

CAMPANA (M.-J.), « De la continuation du compte courant en cas de redressement judiciaire du remettant », *Banque* 1986, 952.

CANPANA (M. J.), « Le cautionnement et l'entreprise en difficultés », *Gaz. Pal.*, 1986, 2, doct. 717.

CARBONNIER (J.), « Les renoncements au bénéfice de la loi en droit privé », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XIII, 1959-1960.

CATALA (N.), « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD civ.* 1967, p. 9 et s.

CATALA (P.), « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil français », in *Travaux de l'Association Capitant*, t. XXIII, 1971, p. 449 et s.

CERLES, « Garanties bancaires : contre le mélange de genres », *D. Aff.*, 1998, p. 746.

CERLES (A.) et SEJEAN (M.), « Le cautionnement: du Code civil au code de la consommation ou les illusions de la protection », *Etudes offertes à SIMLER (Ph.)*, Litec/Dalloz, 2006, p. 273 et s.

CERTI-GAUTHIER (A.), « Mise en demeure des associés d'une société en nom collectif en procédure collective », note sous cass. com., 19 déc. 2006, *Lamy droit des affaires*, mars 2007, p. 21 et s.

CHAPPUIS (C.), « Le renoncement à la cause et à la "considération" », in colloque sur « L'harmonisation du droit OHADA des contrats », Ouagadougou, 15-17 nov. 2007, [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

CHAPUT (Y.), « La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises », *JCP E* 1994, I, 381.

CHAPUT (Y.), « Les pouvoirs décisionnels du juge du règlement amiable » in La réforme du droit des entreprises en difficulté, *Petites affiches*, 1994, n° spéc., 14 sept. 1994, p. 35 et s.

CHAPUT (Y.), « L'échec du règlement amiable et le passage au redressement judiciaire », *RJ com.*, 1986, p. 89.

- CHARBONNEAU (C.) et PANSIER (F. J.), « Du nouveau de la notion de partie », *Defrénois*, 2000, p. 284.
- CHEVALLIER (J. P.) et GADIOU (J. P.), « Le sort de la caution dans la loi du 25 janvier 1985 », *La vie judiciaire*, 1990, n° 2311, p. 11.
- COFFY de BOISDEFFRE (M. J.), « Les dispositions de la loi du 25 janvier 1985 et du décret d'application du 27 décembre 1985 concernant la déclaration, la vérification et l'admission des créances », *D.* 1986, Act. lég., p. 112.
- COLIN (Y.), « La responsabilité pécuniaire du dirigeant d'entreprise en cas de faillite », *dr. soc.*, 1998, chron. 5.
- CONTAMINE-RAYNAUD (M.), « Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français », *Mélanges ROBLOT*, 1984, p. 421 et s.
- CORDELIER (E.), « A propos de l'article 2037 du Code civil, observations sur le droit préférentiel », *RTD com.*, 2004, p. 667 et s.
- CORNU (G.), « Les définitions dans la loi », *Mélanges Vincent (J.)*, Dalloz 1981, p. 77 et s.
- COUDERT (J. L.), « Information des cautions et incidence de la loi du 25 juin 1999 : comment s'applique l'imputation au principal ? », *Petites affiches*, 21 mars 2000, n° 57, p. 12 et s.
- COURET (A.), « Cautionnement et sociétés », *RD bancaire et fin.*, juill./août 2002, p. 219
- COURTIER (J. L.), « Evolution récente du droit positif en matière de cautionnement », *Rev. des huissiers*, 1994, p. 1061 et s.
- COURTIER (J.-L.), « Influence du droit des entreprises en difficulté sur celui du cautionnement », *Petites affiches*, 24 mai 1996, n° 63, p. 13 et s.
- COUTURIER (G.), « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defrénois*, 15 août 2000, n° 15-16, p. 880 et s.
- CREDOT (F.-J.) et GERARD (Y.), « L'ouverture de crédit, le compte courant et l'art. 37 de la loi du 25 janvier 1985 », *RD banc.* 1985, 1, p. 14.
- CROCQ (P.), « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », *Mélanges MOULY (Ch.)*, Litec, 1998, p. 317.
- CROCQ (P.), « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », *Mélanges CABRILLAC (M.)*, Litec, 1999, p. 349 et s.
- CROCQ (P.), « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *Mélanges Malaurie (Ph.)*, Defrénois, 2005, p. 171 et s.
- CROCQ (P.), « Sûretés et procédures collectives », *Lamy droit civil*, fév. 2005, suppl. 13, p. 18 et s.

CROCQ (P.), « Cautionnement et procédures d'insolvabilité », *Lamy droit des sûretés*, coll. Lamy droit civil, mars 2006, n° 172-77.

CROCQ (P.), « Réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, p. 1306 et s.

CROCQ (P.), « Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés », *Droit et patrimoine*, 2006, n° 146, II, B, p. 4.

CROCQ (P.), « Sûretés et proportionnalité », *Etudes offertes à SIMLER (Ph.)*, Dalloz/Litec, 2006, p. 291.

CROCQ (P.), « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007, p 1354 et s.

DAGOT (M.), « De la clause aux termes de laquelle le créancier ne peut consentir aucune prorogation de délai au débiteur à peine de perdre tous ses recours contre la caution », *JCP G* 1973, I, 2577.

DAIGRE (J.-J.), « De l'utilité de l'EURL », in « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », Journée d'Etude de l'institut de droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, 18 fév. 1986, *JCP E*, II, 14756, p. 506.

DAIGRE (J.-J.), « De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun au dirigeant d'une société en redressement ou liquidation judiciaire », *Rev. sociétés*, 1988, 199.

DAMMANN (R.), « La situation des banques titulaires de sûretés », après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit*, 2005, n° 103, p. 16.

DANET (D.), « Le dirigeant et l'omnibus », *RTD com.* 1994, p. 185 et s.

DAUCHEZ (O.), « Le régime fiscal de la fiducie », *JCP G* 2007, I, 175.

DE LA MARNIERRE (S.), « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *RTD civ.* 1933, p. 1037 et s.

DE ROUX, in *Rapport du Sénat*, n° 2092, Doc. AN, X., fév. 2005, p. 25.

DECKON (F. K.), « La notification de la cession de créances professionnelles », *RTD com.*, 2005, p. 649 et s.

DECKON (F. K.), « Le conjoint du débiteur soumis à une procédure collective en droit uniforme de l'OHADA », *Petites affiches*, 14 janv. 2008, p. 6 et s. et *Petites affiches*, 15 janv. 2008, p. 3 et s.

DEHARVENG (J.), « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives, un événement et non plus une issue du cours de la procédure », *D.* 2006, n° 15, chron. 148.

DELABRIERE (A.), « Le registre de commerce et du crédit mobilier, instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace OHADA », *Penant*, n° spécial 840, in « Sûretés et garanties bancaires », p. 369.

- DELEAU (J.), « La notion de cessation des paiements en jurisprudence », *RTD com.* 1949, p. 589.
- DELEBECQUE (Ph.), « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », *JCP N* 1986, 190, n° 30.
- DELEBECQUE (Ph.), « Les incidences de la loi du 31 décembre 1989 sur le cautionnement », *D.* 1990, chron. p. 255.
- DELEBECQUE (Ph.), « Forme et preuve du cautionnement », in *Aspects contemporains du cautionnement*, *JCP E* 1992, *Cahier du droit de l'entreprise*, 2/1992, n° 4, p. 5 et s.
- DELEBECQUE (Ph.), « Le régime des contrats cédés », *RJ com.* 1992, p. 134.
- DELEBECQUE (Ph.), « L'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir », *JCP E* 2005, comm. 234, p. 220.
- DELEBECQUE (Ph.), « Le devoir de mise en garde du banquier », *Rev. Lamy droit civil*, déc. 2007, p. 25 et s.
- DELEBECQUE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir », *Droit et Patrimoine*, n° 126, mai 2004, p. 56 et s.
- DELMAS (M.), « Du non-paiement des dettes civiles et la cessation des paiements », *RTD com.* 1970, p. 641.
- DELMAS-MARTY (M.), « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron. p. 2.
- DEPREZ (J.), « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XVII, 1964, Paris, Dalloz, 1968, p. 50.
- DEREUX (G.), « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *RTD civ.* 1910, p. 503.
- DERRIDA (F.), « Concordat préventif et droit français », in *Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à HAMEL (J.)*, Dalloz, 1961, p. 489.
- DERRIDA (F.), « Le sort du passif né du chef du conjoint en cas de redressement judiciaire d'un époux sous régime de la communauté légale », *Mélanges COLOMER (A.)*, 1993, p. 152.
- DERRIDA (F.), « Redressement et liquidation judiciaires et régime de communauté », *D.* 1994, chron. 108.
- DERRIDA (F.) et SORTAIS (J.-P.), « La situation des créancier forclos dans les nouvelles procédures collectives », *Petites affiches*, 22 mars 2006, n° 58, p. 7.
- DESHAYES (O.), « La caution ne peut se prévaloir de la remise des poursuites consentie au débiteur principal », *D.* 2007, 1999 et s.
- DEVEZE (J.), « Le cautionnement des entreprises en difficultés. Brèves observations sur la loi du 10 juin 1994 », *Petites affiches*, 1994, n° 122, p. 10 et s.

- DIESSE (F.), « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Archives de philosophie du droit, Le droit et l'immatériel*, t. 43, 1999, 259.
- DIJON (X.), « Eléments de droit comparé pour une théorie générale des contrats coutumiers au Burkina », *Revue Burkinabè de Droit*, n° 7, janv. 1985, p. 17 et s.
- M. DIZEL, « La notion de situation désespérée et la définition de la cessation des paiements », *Petites affiches*, 1980, n° 70 et 71, p. 3.
- DJIMASNA (N.), « De la solidarité du cautionnement issu du Traité de l'OHADA », *Revue juridique tchadienne*, en ligne ([www.cefod.org/Droit\\_au\\_Tchad](http://www.cefod.org/Droit_au_Tchad)).
- DJIMASNA (N.), « Les exigences formelles dans la formation du cautionnement OHADA », *Revue juridique tchadienne*, banque tchadienne de données juridiques, en ligne ([www.cefod.org/Droit\\_au\\_Tchad](http://www.cefod.org/Droit_au_Tchad)).
- DOGUE (Ch.), « Une nouveauté déplorable : la prohibition des défenses à exécution provisoire », *ohada.com/ohadata, D-02-23*, p. 1 ; *Actualités juridiques*, n° 28, juin 2002, p. 5.
- DU PONTAVICE (E.), « La part du droit dans la vie économique », *RJ com.* 1975, p. 213.
- DUPICHOT (J.), « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 et suivants du Code civil », *Etudes FLOUR (J.)*, Defrénois, Paris, 1979, p.179 et s.
- DUPICHOT (Ph.), « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 2006, suppl. n° 7, p. 17 et s.
- DUPICHOT (Ph.), « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007, I, 121.
- DUPUIS-FLANDIN (M.-A.), « La protection de l'exploitant individuel dans les EURL et les EARL, mythe ou réalité ? », *Petites affiches*, 20 mai 1988, p. 13.
- DURANT (I.), « L'article 1254 du Code civil : un texte moins clair qu'il n'y paraît », *Rev. de la jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles (J. L. M. B)*, 1995, p. 1240.
- DUTOUR (N.) et VIGNAL (F.), « La mention manuscrite et l'acte authentique », *Defrénois*, 28 fév. 1998, n° 4.
- EGEA (V.), « L'interprétation des contrats : Regards sur l'actualité des articles 1156 et suivants du Code civil », *Juirscope*.
- EGEA (V.), « La délicate question de l'interprétation des contrats », *JCP G* 2004, II, 10022, p. 290.
- EMANE (J.), « Les droits patrimoniaux de la femme mariée ivoirienne », *Annales africaines*, Paris, Pédone, 1967, p. 87.
- ENDREO (G.), « Fait générateur des créances et échange économique », *RTD com.* 1984, p. 223 et s.
- ENDREO (G.), « Concordat et règlement amiable », *J-Cl. Com.*, t. 7, fasc. 2030.

ETOUNDI (F. O.), « Quel est le sort des défenses à l'exécution provisoire dans les Etats membres de l'OHADA ? », *Actualités juridiques*, n° 47, 2005, p. 64.

FALAISE (M.), « La sanction de l'acte irrégulier (distinction entre nullité et inopposabilité », *Petites affiches*, 27 août 1997, n° 103, p. 5 et s.

FARGES (C.), « Le recours personnel de la caution : la voie possible d'un renouveau du cautionnement », *D.* 2003, chron. 89.

FEENSTRA (R.), « Le caractère accessoire des différents types de cautionnements verbis en droit romain classique », *Etudes MACQUERON (J.)*, Editions de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 1970, p. 383 et s.

FERRARI (M.), « Le pacte d'atermoiement, délit de fuite passible de banqueroute », *Gaz. Pal.*, 1969, 1, p. 169.

FEUGERE (B.), « Le dirigeant d'une personne morale cité devant le tribunal de commerce pour comblement de passif », *RJ com.* 1999, p. 333 et s.

FLOUR (J.), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », *Etudes RIPERT (G.)*, Le droit privé français au milieu du XXe siècle, t. 1, p. 93, et s.

FOLQUET (L. G.), « La situation juridique de la femme marié dans le nouveau droit de la famille ivoirienne », *Rev. juridique et politique Indépendante et Coopération*, Paris, Ediafric, 1974, p. 636-637.

FONTAINE (M.), « Le projet d'Acte uniforme OHADA sur les contrats et les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international », *Rev. du droit uniforme*, 2004-2, Vol. IX, p. 253 et s.

FONTAINE (M.), « L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : présentation générale », *ohada.com*.

FOYER (J.), « De l'exécution collective des biens du débiteur à la médecine des entreprises », *Mélanges AZARD*, Cujas, 1980, p. 54.

FRANCK (R.), « Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand », *Mélanges RIEG (A.)*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 317 et s.

FRANCOIS (J.), « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », *D.* 2001, chron. 2580.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Le législateur des procédures collectives et ses échecs », *Mélanges HONORAT (A.)*, p. 113 et s.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les offices du juge », *Mélanges FOYER (J.)*, Paris, PUF, 1997, p. 463.

FRUGIER (Y. H.), « Le recours anticipé de la caution lui permet-il de percevoir du débiteur principal le montant de la créance cautionnée à titre d'indemnité ? », *Gaz. Pal.* 1971, 2, doct., p. 602.

- GAUTHIER (G.), « La continuation du cours des intérêts dans le cadre de la liquidation judiciaire », *Gaz. Pal.*, 28 fév. et 1<sup>er</sup> mars 2001, p. 53.
- GAVALDA (C.) et MENEZ (J.), « Le règlement amiable des difficultés de l'entreprise », *JCP G* 1985, I, 3196.
- GBAGUIDI (A. N.), « L'égalité dans les rapports personnels entre époux dans le nouveau Code de la famille du Bénin », *Recht in Afrika*, 2003, p. 167-188.
- GEROSA (B.), « Un nouveau rôle pour le banquier face aux entreprises en difficulté », *Petites affiches*, 2006, n° 35, p. 94.
- GHESTIN (J.), « La prophétie réalisée », *JCP* 1976, I, 2786.
- GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », *APD*, 1981.
- GHESTIN (J.), « La notion de contrat », *D.* 1990, chron. p. 147.
- GHESTIN (J.), « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.* 1994, p. 777.
- GINESTET (C.), « La qualification des sûretés », *Defrénois*, 1999, n° 4, article 36940, 205.
- GORE (C.), « Vers un droit de la comptabilité », *Rev. française de comptabilité*, n° spéc., sept. 1970, p. 12.
- GOURIO (A.), « Le prêteur est-il réellement tenu d'une obligation de conseil envers le particulier emprunteur ? », *RD bancaire et fin.*, janv./fév. 2001, p. 51 et s.
- GRIMALDI (M.), « L'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Petites affiches*, 13 oct. 2004, n° 205, p. 31.
- GRIMALDI (M.) et DUPICHOT (Ph.), « Durée et sûretés », *RDC*, janv. 2004, n° 9, p. 95 et s.
- GROSJEAN (S.), « Le sort des inscriptions hypothécaires sur les immeubles appartenant concurremment au débiteur en redressement judiciaire et à d'autres personnes », *Defrénois* 1999, art. 36891, 1345.
- GRUA (A.), « Le cautionnement réel », *JCP G* 1984, I, 3167.
- GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), « De l'élargissement de la notion de partie au contrat...à l'élargissement de la portée de l'effet relatif », *RTD civ.* 1994, p. 275.
- GUILLOT (L.), « Le cautionnement », *Banque et Droit*, 1990, n° spécial, Les évolutions jurisprudentielles, p. 20.
- GUYENOT, « Evolution de la notion de cessation des paiements en jurisprudence », *Petites affiches* 1981, n° 37, p. 3.
- GUYON (Y.), « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », *Mélanges GHESTIN (J.)*, « Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle », LGDJ, 2001, p. 405.

HAEHL (J.-P.), « L'inexécution des engagements », in *Problèmes d'exécution des plans de redressement*, colloque CRAJEFE, 27 mars 1993, *Petites affiches*, 16 juin 1993, n° 72, p. 38.

HALLOUIN (J.-Cl.), « La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 et l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », *D.* 1986, Act. lég., n° 10, p. 73.

HALLOUIN (J.-Cl.), « Les sociétés non immatriculées face au redressement et à la liquidation judiciaires », *JCP* 1989, 1, 3414.

HASSLER (T.), « Le dirigeant caution des dettes de la société et l'article 1326 du Code civil », *Petites affiches*, 1995, n° 38.

HAUSER (J.), « Le juge homologateur en droit de la famille », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, *Economica*, p. 120 et s.

HAZARD (J.), « Les procédures d'insolvabilité aux Etats-Unis », *Petites affiches*, 16 juin 2005, n° 119, p. 12.

HEBRAUD (P.), « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *Mélanges MAURY*, tome II, Sirey, Paris, 1960, p. 420 et s.

HERBOTS, « Réflexions à propos de la nature du leasing, avant-contrat innomé, typique et fiduciaire », *Revue critique de la jurisprudence belge*, 1996, p. 227, n° 37 et s.

HONORAT (A.), « De la conciliation des règles des régimes matrimoniaux et des procédures collectives », *Petites affiches* 1996, n° 47 (CD-Rom 1993-1999).

HOANG (P.), « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D. Aff.*, 2006, p. 1458.

HOUIN (C.), « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *Liber amicorum, Mélanges Baron Louis Frédéricq*, 1965, p. 609.

HOUTCIEFF (D.), « Une extension du champ d'application du bénéfice de subrogation », *D.* 2006, p. 1693 et s.

HOUTCIEFF (D.), « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », *RTD civ.* 2006, 191 et s.

HOUTCIEFF (D.), « Les exceptions inhérentes à la dette n'ont rien de personnel », *D.* 2007, p. 2203 et s.

HOUTCIEFF (D.), « A la recherche de la cession de créance réalisée à titre de garantie... », *RLDC* 2007, mars 2007, p. 29.

HOUTCIEFF (D.), « Vers l'obligation du créancier d'exercer une faculté conformément aux intérêts de la caution », *D.* 2007, p. 1572.

HUET (J.), « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux principes d'Unidroit : une nouvelle *lex mercatoria* ? », *Petites affiches*, 10 nov. 1995, n° 135, p. 8 et s.

HYEST (J. J.), Rapport n° 335, Commission des lois de l'assemblée nationale française, 2005, p. 101.

- IDOT (L.), « Le nouveau droit ivoirien des régimes matrimoniaux », *Etudes et documents*, n° 1, 1987, p. 28.
- ISSA-SAYEG (J.), « La certification des actes des personnes qui ne peuvent ou ne savent signer », *Penant*, janv.-mai 1991, p. 118 et s.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Le droit de rétention en droit sénégalais », *Mélanges FREYRIA (Cl.)*, p. 69 et s. ; *Penant*, n° 810, oct.-déc. 1992, p. 261 et s.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Acte uniforme portant organisation des sûretés », Commentaires, *EDICEF/Editions FFA*, 2000.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Présentation du projet d'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif », *Penant*, n° sp. 827, OHADA, mai-août, 1998, p. 218.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Organisation des sûretés », *Cahiers juridiques et fiscaux*, CFCE, 1998, n° 2, p. 35.
- ISSA-SAYEGH (J.), « La liberté contractuelle en droit des sûretés OHADA », [www.ohada.com/ohadata](http://www.ohada.com/ohadata), D-05-06.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Présentation des dispositions sur le droit des sûretés », [ohada.com/ohadata](http://ohada.com/ohadata), D-06-09.
- ISSA-SAYEGH (J.), « Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », in *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, *Juriscopes*, 2008, p. 619 et s.
- JACOMET (Th.) et BEJINARIU (A.), « La clause de retour à meilleure fortune », *Bull. Joly sociétés*, 1<sup>er</sup> mai 1996, n° 5, p. 367.
- JAMES (J. Cl.), « Le droit de rétention en droit uniforme africain », in *Afrique juridique et politique*, Revue du CERDIP, Libreville, vol. 1, n° 2, juill.-déc. 2002, p. 3.
- JAMIN (Ch.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *Mélanges GHESTIN (J.)*, LGDJ, 2001, p. 441.
- JAPIOT (R.), « La théorie des exceptions de procédure », *Rev. périod. proc. civ.* 1916, p. 7 et s.
- JESTAZ (Ph.), (« L'obligation et sa sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *Mélanges RAYNAUD (P.)*, 1985, p. 273 et s.
- JOSSERAND (J.), « L'essor moderne du concept contractuel », in *Etudes sur les sources du droit en l'honneur de GENY (F.)*, t. 2, Paris, 1935, p. 333 et s.
- JOSSERAND (L.), « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTD civ.* 1936, p. 5 et s.
- JOSSERAND (L.), « Un ordre juridique nouveau », *DH* 1937, p. 41 et s.

JUBAULT (Ch.), « Les ‘exceptions’ dans le Code civil, à la frontière de la procédure et du fond (1<sup>re</sup> partie) », *Petites affiches*, 15 janv. 2003, n° 11, p. 4.

KALIEU (Y.), « La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA », *ohada.com/ohadata*, D-03-02.

KANAYAMA (N.), « De l’obligation de couverture à la prestation de garantie, donner, faire, ne pas faire et garantir ? », *Mélanges MOULY (Ch.)*, p. 375 et s.

KAUFFMAN (R.), « De l’utilité et des effets d’une clause potestative : la clause de retour à meilleure fortune dans les abandons de créances amiables et concordataires », *D.* 1982, chron., p. 129.

KEITA (M.), « Le dirigeant caution et la qualité de commerçant », *Petites affiches*, n° 102, 24 mai 1999.

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *Archives philosophiques du droit*, 1940, p. 33.

KERCKHOVE (E.), « Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises », *Rev. proc. coll.* 1994, p. 441 et s.

KUHN (C.), « Une fiducie française », *Droit et patrimoine*, avr. 2007, p. 32 et s.

KUNTZ (J.-E.), Commentaires sous l’art. L. 611-7 c. com., in LUCAS (F.-X.) et LECUYER (H.) (Sous la direction de), *La réforme des procédures collectives. La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ, 2006, p. 35.

LARGUIER (J.), « La preuve d’un fait négatif », *RTD civ.* 1953, p. 1- 48.

LARROUMET (Ch.), « Procédure de règlement amiable et droits communs », in *Le nouveau droit des défaillances d’entreprises*, Dalloz, 1995, p. 103 et s.

LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « Le banquier dispensateur de crédit face au principe de proportionnalité », *Banque et Droit*, n° 113, mai/juin 2007, p. 25.

LE BARS (B.), « La continuation du compte courant bancaire en période de redressement judiciaire », *Petites affiches*, 23 fév. 1996, n° 24, p. 7.

LE CANNU (P.), « La préparation du redressement de l’entreprise », *Petites affiches*, 1985, n° 90, p. 4.

LE CORRRE (P.-M.), « Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises », Intervention colloque CRAJEFE, Nice, 27 mars 2004, *Petites affiches*, n° 116, p. 25 et s.

LE CORRE (P.-M.), « Le cautionnement réel à l’épreuve des procédures collectives », *JCP E* 2000, 886, p. 941 et s.

LE CORRE (P.-M.), « Les cautions, codébiteurs, garants et le conjoint », *Gaz. Pal.*, 4- 5 nov. 2005, p. 49.

LE CORRE (P.-M.), « Premier regard sur la loi de sauvegarde des entreprises (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) », *D. Aff.* 2005, p. 2322.

LE CORRE (P.-M.), « 1807-2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, juill.-août 2007, doct. p. 2311 et s.

LECLERCQ (P.), « L'obligation de conseil du banquier dispensateur de crédit », *RJDA* 4/95, études et doctrine, p. 322.

LE GOFF (A.), « Contenu de l'obligation de mise en garde à la charge du banquier prêteur et notion de crédit excessif », *JCP E* 2007, 1079.

LE NABASQUE (H.), « La cession de l'entreprise en redressement judiciaire », *JCP E* 1992, II, 15770.

LEBEL (Ch.), « Etre ou ne pas être en cessation de paiement », *Petites affiches*, 08 sept. 2005, n° 251, p. 14.

LECUYER (H.), « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », *Petites affiches*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 31 et s.

LEGEAIS (D.), « La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », *Petites affiches*, 5 mars 1997, n° 28, p. 4 et s.

LEGEAIS (D.), « Principe de proportionnalité : le cas du contrat de crédit avec constitution de garantie », *Petites affiches*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 38 et s.

LEGEAIS (D.), « L'obligation de conseil de l'établissement de crédit à l'égard de l'emprunteur et de la caution », *Mélanges AEDBF-France*, II, *Banque éditeur*, 1999, p. 257-258.

LEGEAIS (D.), « La caution dirigeante peut-elle se prévaloir d'un dol commis par l'établissement de crédit dans l'octroi d'un prêt ? », *RD bancaire et bourse*, nov./déc. 1998, n° 70, p. 193 et s.

LEGEAIS (D.), « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Droit et patrimoine*, 2001, n° 92, p. 68 et s.

LEGEAIS (D.), « Les concours consentis à une entreprise en difficultés (c. com., art. L. 650-1) », *JCP E*, 2005, 1510.

LEGEAIS (D.), « Le dirigeant caution », *Mélange BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 599.

LEGRAS de GRANDCOURT, « Les intérêts des créances bancaires et les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires », *Rev. proc. coll.*, 1990, p. 45 et s.

LESBATS (Ch.), « Le cautionnement réel sous un nouveau jour », *Droit et patrimoine*, 2001, n° 95, p. 28 et s.

LIENHARD (A.), « Le cautionnement dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *Rev. proc. coll.*, 1988, p. 121 et s.

LIENHARD (A.), « Sanction de l'information annuelle de la caution, application dans le temps de la loi du 25 juin 1999 », obs. sous Paris, 16 juin 2000, *D. Aff.* 2000, AJ, p. 347.

LIKILIMBA (G. A.), « Le cautionnement réel : l'application distributive du droit des sûretés réelles et du droit du cautionnement n'est-elle pas un « gage » de protection des intérêts des contractants ? », *JCP E* 2001, I, p. 406 et s.

LOHOUES-OBLE (J.), « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », *RIDC*, 1999, p. 543 et s.

LOHOUES-OBLE (J.), « Innovation dans le droit commercial général », *Petites affiches*, 13 oct. 2004, p. 8 et s.

LOKO-BALOSSA (E. J.), « L'octroi judiciaire d'un délai de grâce », *RRJ Droit prospectif*, 1994-3, p. 807.

LUTZ et VERDENN, « La caution et le nouveau droit du redressement judiciaire », *Petites affiches*, 24 oct. 1986, n° 128.

LUCAS (F.-X.), « Méconnaissance par la cour d'appel de Versailles de la coutume qui invite à différer la contribution aux pertes au jour de la liquidation de la société », *Bull. Joly*, déc. 2000, n° 12, p. 1176 et s.

LUCAS (F.-X.), « Poursuite de l'associé d'une société en nom collectif soumise à une procédure collective », *Bull. Joly*, avril 2001, n° 4, p. 365 et s.

LCUCAS (F.-X.), « Les associés et la procédure collective », *Petites affiches*, 9 janv. 2002, n° 7, p. 7 et s.

LUCAS (F.-X.), « L'obligation de l'associé tenu du passif social est une obligation de garantie qui naît en même temps que la dette de la société », *Bull. Joly*, 01 mai 2002, n° 5, p. 640 et s.

LUCAS (F.-X.), « Du plan de continuation au plan de sauvegarde : la restructuration de l'entreprise », *Lamy droit des affaires*, mars 2005, suppl. 383 et s.

LUCAS (F.-X.), « Le sort du débiteur », in « Echanges sur la loi de sauvegarde des entreprises : de la côte d'or à la Côte d'Azur », colloques de Dijon (LDPA-10 mars 2006) et de Nice (CRAJEFE-1<sup>er</sup> avril 2006), *Petites affiches*, n° spécial, 14 juin 2007, p. 60 et s.

MACKAAY (E.), « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », *RRJ-Droit prospectif*, 1987.

MAHINGA (G.), « Portée de l'obligation de la caution en cas de plan de cession », *Rev. proc. coll.*, 2000, n° 3, p. 96.

MALEVILLE (M.-H.), « L'interprétation des contrats, dix ans après », *Mélanges MERCADAL (B.)*, p. 189 et s.

MARCHI (J. P.), « Une création originale du tribunal de commerce de Paris, le mandataire ad hoc », *Gaz. Pal.*, 1983, 1, p. 123.

- MARTIN (D. R.), « Le droit des entreprises en difficulté. Les lois des 1<sup>er</sup> mars 1984 et 25 janvier 1985 », *Rev. banque Editeur*, 1985, n° 29.
- MARTIN (D. R.), « Le diagnostic d'entreprise, critère de responsabilité judiciaire », *RTD com.*, 1979, n° 2, p. 187.
- MARTIN (D. R.), « Les membres du conseil de surveillance sont-ils des dirigeants sociaux au sens de la loi du 25 janvier 1985 ? », *Gaz. Pal.* 1991, I, doct. 24.
- MARTIN (D. R.), « L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.*, 1994, p. 50.
- MARTIN (D. R.), « Le redressement judiciaire et la relation de compte-courant », *RJ com.* 1985, 281.
- MARTIN (L.-M.), « L'information de la caution », *Mélanges De JUGLART*, LGDJ/Litec/Montchrestien, 1986, p. 155 et s.
- MARTINEAU-BOURGNINAUD (V.), « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.* 2002, p. 245 et s.
- MARTIN-SERF (A.), « Réflexions sur la nature contractuelle du concordat », *RJ com.* 1980, p. 293 et s.
- MARTOR (B.), « Comparaison des deux sûretés : cautionnement et lettre de garantie », *JCP E*, 28 oct. n° 5, suppl. n° 44, p. 24.
- MARTY (R.), « Cautionnement et comportement du créancier », *JCP E* 2007, 2062.
- MASCALA (C.), « Le comportement fautif du chef d'entreprise : de la sanction à la réparation », *Lamy droit des affaires*, mars 2005, suppl. n° 80, p. 71.
- MATHIEU (M.), « La participation du banquier au règlement amiable des difficultés des entreprises », *JCP E* 1986, II, 14805.
- MATHIEU (M. E.), « Aperçu des règles de droit judiciaire privé relatives aux procédures d'insolvabilité européennes après le règlement communautaire n° 1346/2000 », *D. aff.*, 2002, chron., p. 2245.
- MAY (J.-C.), « Le sort des actes accomplis par le débiteur pendant la période suspecte », *Petites affiches*, 16 fév. 1986, p. 25.
- MAZEAUD (D.), « Rapport français sur l'endettement des particuliers », in *L'endettement*, Travaux de l'association Henri Capitant, 1995, LGDJ, Tome XLVI, 1997, p. 127 et s.
- MAZEAUD (D.), « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *Petites affiches*, n° 117, 30 sept. 1998, p. 12 et s.
- MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges TERRE (F.)*, Dalloz/PUF/Juris-Classeur, 1999, p. 603 et s.
- MBAYE (K.), « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *Petites affiches*, 13 oct. 2004, n° spéc., p. 4.

- MELIN (F.), « L'OHADA et le droit de la faillite internationale », *D.* 2005, p. 1568 et s.
- MESTRE (J.), « La pluralité d'obligés accessoires », *RTD civ.*, 1981, p. 1 et s.
- MEYNET (E.), « Le règlement amiable : un nouvel outil de gestion », *JCP E* 1987, II, 14868.
- MICHA-GOUDET (R.), « Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement données par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable », *JCP E* 1998, p. 840.
- MIGNOT (M.), « La nature du cautionnement réel à la lumière de la pratique contractuelle bancaire », *Droit et patrimoine* 2002, n° 110, p. 30.
- MKOU MVONDO (P.), « L'information de la caution dans le nouveau droit des sûretés des Etats africains », *ohada.com*.
- MOLFESSIS (N.), « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *Petites affiches*, n° 117, 30 sept. 1998 p. 21 et s.
- MONSERIE (M.-H.), « Aperçu sur les apports récents de la confrontation des droits des procédures collectives et du droit des obligations », *Mélanges JEANTIN (M.)*, « Perspectives du droit économique », Dalloz, 1999, p. 429.
- MONSERIE-BON (M.-H.), « Les effets inattendus de l'absence d'extinction des créances non déclarées menacent-ils la procédure de sauvegarde ? », *D.* 2006, p. 1282.
- MONTERAN (Th.), « Les sanctions pécuniaires et personnelles dans la loi du 26 juillet 2005 », *Gaz. Pal.* 9-10 sept. 2005, n° spéc., p. 37.
- MONTRAVERS (B.), « L'obligation d'information de la caution (À propos de Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 2000) », *JCP N* 2002, p. 224.
- MONTREDON (F.), « La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives », *JCP E* 1988, II, 15156.
- MORRIS-BECQUET (G.), « Surendettement », *Lamy droit des sûretés*, 2002, Etude 175.
- MOULY (Ch.), « Abus de caution ? », Colloque de Deauville intitulé « L'évolution du droit des sûretés », *RJ com.* 1982, p. 13 et s.
- MOULY (Ch.), « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Mélanges ROBLOT (R.)*, LGDJ, 1984, p. 529 et s.
- MOULY (Ch.), « La grand-mère et le cautionnement omnibus », *RJDA*, 1993, études et doctrine, p. 679.
- MOULY (Ch.) et JACOB (F.), *Juris-classeur civil*, art. 21114 à 21117, n° 179.
- MOURY (J.), « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *D. Aff.*, 2006, p. 1743.

- NAMMOUR (F.), « Les procédures collectives en droit libanais », *Rev. proc. coll.*, déc. 2007, p. 183 et s.
- NANTERM (Cl.) et PONCEBLANC (G.), « L'opportunité d'avoir caractérisé légalement la notion de cessation : une opportunité qui n'est pas sans risques », *Gaz. Pal.*, 1986, I, doct. p. 661.
- NDIAYE (I.), « Le cautionnement dans l'acte uniforme : un contrat défiguré ou revigoré ? », *Revue sénégalaise du droit des affaires*, n° 1, janv.-juin 2003, p. 5.
- NDIAYE (I.) et SAKHO (A.), « Pratique des garanties du crédit, OHADA, Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Revue africaine des banques*, oct. 1998.
- NDZUENKE (A.), « L'OHADA et la réforme des procédures civiles d'exécution en droit africain, l'exemple du Cameroun », *OHADATA-D-06-36*.
- NERSON (N.), « Exercice de vocabulaire », *Mélanges VOIRIN (P.)*, LGDJ, 1967, p. 603 et s.
- NEVEU, « La dernière tentation du failli », *Banque et Droit* 1989, p. 19.
- NGWE (M. A.), L'application des actes uniformes de l'OHADA au Cameroun, *Penant*, n° 850, 2005, p. 81 et s.
- NIVOT (R.), « Une forme d'engagements hors bilan : les engagements de garantie », *Rev. française de comptabilité*, 1972, p. 133-144.
- NOTTE (G.), « La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives », *JCP CI* 1980, I, 8560.
- NUSSEMBAUM (M.), « La cessation des paiements des banques », *RD bancaire et bourse*, mai-juin 1996, p. 79.
- NUSSEMBAUM (M.), « Définir la date de la cessation des paiements d'une banque », *Banque*, octobre 1996, p. 60.
- NZOUABETH (D.), « La responsabilité des tiers en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif dans l'espace OHADA », *Rev. proc. coll.*, déc. 2007, p. 192 et s.
- OKEMBA-NGABONDO (J. G.), « Les banques et l'usage des garanties de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Bull. OHADA*, n° spécial, 2001, p. 1.
- OPPETIT (B.), « L'endettement et le droit », *Mélanges BRETON-DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 310.
- OPPETIT (B.), « Droit et économie », *Archives de philosophie du droit*, t. 37, Sirey, Paris, 1992, 17.
- OPPETIT (B.), « Développement économique et développement juridique », *Mélanges SAYAG (A.)*, Litec, 1997, p. 71.
- OTOUMOU (J.-C.), « La lettre de garantie OHADA », *RDAL*, 1999, p. 425 et s.

- OTOUMOU (J.-C.), « Le droit de rétention en droit OHADA », *Penant*, n° 838, p. 75 et s.
- PACTET (C.), « De la réalisation de la novation », *RTD civ.* 1975, p. 435 et s.
- PAILLUSSEAU (J.), « Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté », *Mélanges HOUIN (R.)*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 109 et s.
- PAILLUSSEAU (J.), « L'Acte uniforme sur le droit des sociétés », *Petites affiches*, 13 oct. 2004, p. 19 et s.
- PASCAL (B.), « Libres réflexions autour de la déclaration des intérêts "à échoir" », *Banque et droit* 1989, p. 200.
- PASCAL (B.), « L'article 55 de la loi du 25 janvier 1985 devant la cour de cassation », *Banque et droit*, 1989, p. 11.
- PASTUREL (M.), « La jurisprudence de la Cour de cassation relative aux solutions des procédures collectives de redressement judiciaire », *Petites affiches*, 1994, n° 5, n° spéc., *Sécurité juridique et entreprise en difficulté*, p. 23 et 26.
- PAUL (F.), « L'ampleur de la décharge directe de la caution en raison de la faute du créancier », *Droit et patrimoine*, 2002, p. 41.
- PEROCHON (F.), « Fraude du débiteur et poursuites du créancier forclos », *Mélanges Adrienne HONORAT*, Procédures collectives et droit des affaires, éd. Frison-Roche, 2000, p. 161 et s.
- PIAM (S.), « La loi sur l'épargne et la sécurité financière : un toilettage juridique au service de l'intérêt général ? », *D.* 2000, chron. p. 71.
- PLAYOUST (O.), « Contribution à la moralisation du droit des procédures collectives : la clause de retour à meilleure fortune », *Rev. proc. coll.*, 1994/3, p. 354 et s.
- PERRODET (A.), « Le conjoint du débiteur en redressement », *RTD com.* 1999, p. 5
- PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), « La responsabilité des créanciers (C. com., art. L. 650-1, issu de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005) », *Rev. Lamy droit civil*, nov. 2007, p. 64 et s.
- PETIT (B.) et REIHNARD (Y.), « Cautions, avals et garanties. Inopposabilité du cautionnement non autorisé », *RTD com.* 1999, n° 2, p. 447.
- PICARD et PRUD'HOMME, « La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations », *RTD civ.*, 1912, p. 61.
- PICOD (Y.), « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *Mélanges SIMLER (Ph.)*, Dalloz/Litec, 2006, p. 395.
- PIEDELIEVRE (A.), « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.* 1982, 1, doctr., p. 85.
- PIEDELIEVRE (S.), « Le cautionnement excessif », *Defrénois*, 1998, art. 36836, p. 850

- PIEDELIEVRE (S.), « La caution n'est pas recevable à invoquer la nullité pour dol de l'obligation principale », *JCP E* 2007, 1861, p. 9.
- PIETTE-ARCAUTE (G.), « Une nouvelle proportionnalité en droit des sûretés : brèves observations sur l'article L.650-1 du Code de commerce », *Rev. Lamy droit civil*, 2006, n° 28, p. 27.
- PIGNARRE (G.), « A la redécouverte de l'obligation de praestare, pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD civ.* 2001, p. 41.
- PIZZIO-DELAPORTE (C.), « L'action paulienne dans les procédures collectives », *RTD com.*, 1995, 715.
- POCANAM (M.), « Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo », *Penant*, n° 812, mai à septembre 1993, 189 et s.
- POCANAM (M.), « Le concordat préventif, remède aux difficultés des entreprises au Togo ? », *Annales de l'université du Bénin*, Tome XII, Presses de l'UB, Lomé, 1994, p. 207 et s.
- POLLAUD-DULIAN (F.), « A propos de la sécurité juridique », *RTD civ.* 2001, p. 491.
- PONCEBLANC (G.), « L'opportunité d'avoir caractérisé légalement la notion de cessation des paiements : une opportunité risquée », *Rev. proc. coll.* 1986, n° 4, p. 33 et s.
- POUGOUE (P.-G.), NGUEBOU-TOUKAM (J.) et ANOUKAHA (F.), Commentaires sous AUSCGIE, in *OHADA. Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>e</sup> éd., Juriscope, 2008, p. 325 et s.
- POULET (Y.), « La garantie à première demande : un acte unilatéral abstrait ? », *Mélanges PARDON (J.)*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 409.
- PRIGENT (S.), « Contrat de cautionnement : date de naissance de la dette de la caution », *Petites affiches*, 26 juin 2006, n° 126, p. 4 et s.
- PRIGENT (S.), « L'exercice d'une faculté doit préserver le recours de la caution », *Petites affiches*, 18 juin 2007, p. 16 et s.
- PROVANSAL (A.), « Procédure collective et sûretés personnelles. L'exécution contre les cautions, les coobligés et les garants autonomes des débiteurs en procédure collective », *Gaz. Pal.* Juill.-août 2007, doct., p. 2251 et s.
- PRÜM (A.), « Protéger les cautions contre elles-mêmes », *RD bancaire et fin.*, sept.-oct. 2003, p. 269.
- PUTMAN (E.), « Retour sur le droit de ne pas payer ses dettes », *Mélanges RIPERT (G.)*, *RRJ, Droit prospectif*, 1994, p. 109 et s.
- RAINER (F.), « Le rôle de la volonté et la protection de la caution en droit français et allemand », *Etudes offertes à RIEG (A.)*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 317 et s.
- RANDOUX (D.), « Une société très spécifique : l'EURL », *JCP N* 1985, I, p. 361.

- RANDOUX (R.), « La spécialisation des sociétés », *Mélanges WEILL (A.)*, p. 490.
- REMERY (J.-P.), « La notion de dirigeant de fait » *RJDA*, 1999/11, p. 945.
- REMOND-GOUILLOUD (M.), « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP G* 1977, I, 2850.
- REMY (Ph.), « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.
- REMY (Ph.), « Critique du système français de la responsabilité civile », *Droit et cultures*, 1996-1, p. 31 et s.
- RIEG (A.), « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du 19<sup>e</sup> siècle », *Archives de Philosophie du Droit*, 1957, p. 131-132.
- RIPERT (G.), « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.* 1936, chron. p. 37.
- RIVES-LANGE (J.-L.), « La notion de dirigeant de fait au regard de la loi de 1967 », *D.* 1975, chron. p. 41.
- RIZZO (F.), « Regard sur la prohibition des engagements perpétuels », *Droit et patrimoine*, janv. 2000, p. 60 et s.
- ROBINE (D.), « L'article L.650-1 du Code de commerce : un "cadeau" empoisonné ? », *D. Aff.* 2006, p. 69.
- ROBLOT (R.), « Application et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial », *Mélanges VOIRIN (P.)*, LGDJ, 1966, p. 710 et s.
- ROCCA (M.), « L'obligation au paiement des dettes sociales des associés des sociétés civiles de droit commun et de construction-vente », *Petites affiches*, 18 mai 1998, p. 6 et s.
- J. ROCHFELD (J.), « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *Etudes offertes à GHESTIN (J.)*, LGDJ, 2001, p. 747 et s.
- ROETS (D.), « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997, chron., p. 92 et s.
- ROMAN (B.), « Vers un rejet systématique du dol d'un tiers au contrat de cautionnement ? », *D.* 2003, p. 684.
- RONTCHEVSKY (N.), « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit*, 2006, n° 105, p. 17.
- ROUBIER (P.), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *Archives de philosophie du droit*, 1957, p. 3.
- ROUGER (M.), « Les critères de la défaillance d'une banque », in *La défaillance d'une banque*, *RJ com.*, nov. 1996, n° spécial, p. 15.

ROUSSEL GALLE (Ph.), « OHADA et les difficultés des entreprises : Etude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif », *RJ com.*, 2001, p. 21 et s.

ROUTIER (R.), « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif. Commentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », *Gaz. Pal.*, 2005, doctrine, p. 3012.

ROUTIER (R.), « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D. Aff.*, 2005, p. 1478.

ROUTIER (R.), « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un article « détonnant » pour le débiteur et « détonant » pour le contribuable ? », *D. Aff.*, 2006, p. 2916.

RUBELLIN (P.), « Le recours personnel de la caution contre le débiteur en redressement judiciaire », *Petites affiches*, 21 juin 1995, n° 12 et s., p. 18.

RUBELLIN (P.), « Le sort de la communauté lorsque les époux sont successivement mis en liquidation judiciaire », *Deffrénois*, 30 avril 2003, n° 8, art. 37345, p. 497 et s.

SAGAUT (J.-F.), « Variations autour d'une sûreté personnelle sui generis : la promesse de portefort d'exécution », *Revue des contrats*, 2004, p. 840.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Le dirigeant caution », *Droit et Patrimoine*, mars 1996, n° 88, p. 45.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Variation sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté », *Mélanges CHAMPAUD*, Dalloz, 1997, p. 542.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Les dangers pour les créanciers de l'époux in bonis de l'ouverture d'une procédure collective », *Petites Affiches* 1998, n° 102, p. 16.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Rapport de synthèse sur le colloque intitulé : « Sûretés et procédures collectives : morceaux choisis », *Petites affiches*, 2000, n° 188, p. 41 et s.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « Les intentions de réforme des lois du 1<sup>er</sup> mars 1984 et du 25 janvier 1985 », in *Le droit des entreprises en difficulté à l'aube de l'an 2000*, Colloque du Centre de droit des affaires de l'Université de Toulouse du 8 octobre 1999, *Petites affiches*, 6 septembre 2000, n° 178, p. 64-67.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « La responsabilité patrimoniale de dirigeants de sociétés en difficulté », colloque Toulouse, 17 janv. 2000, *JCP E* 2001, *cah. dr. entr.* n° 3, p. 30.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), « De la faillite au droit des entreprises en difficulté. Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle », in *Regards critiques sur quelques évolutions récentes du droit*, Les travaux de l'IFR, Mutation des Normes Juridiques, n° 2, Presses Universitaires des Sciences Sociales de Toulouse, t.1, Bilans, 2005, p. 390 et s.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.) et MONSERIE (M.-H.), « Redressement et liquidation judiciaire-nullité de droit-libéralités-actes à titre gratuit-contrats lésionnaires », *J.-Cl. com. Fasc.* 2507, n° 10.

SAINTOURENS (B.) « Certificateurs de cautions et sous-cautions : les oubliés des réformes du droit du cautionnement », *Mélanges CABRILLAC (M.)*, Dalloz-Litec, 1999, p. 399.

SAKHO (A.) et NDIAYE (I.), « Pratique des garanties du crédit, OHADA, Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Revue africaine des banques*, oct. 1998.

SAMUEL (G.), « Entre les mots et les choses : les raisonnements et les méthodes en tant que sources du droit », *RIDC*, 2, 1995, p. 509 et s.

SANTOS (A.), « L'immatriculation au nouveau registre du commerce et du crédit mobilier », *Rev. togolaise de droit des affaires et d'arbitrage*, mars 2000, p. 2 et s.

SANTOS (A.), Commentaires sous l'art. 2 AUDCG, in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3<sup>e</sup> éd., Juriscope, 2008, p. 197.

SARGOS (P.), « L'opération "Glasnost" de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur la jurisprudence », *Gaz. Pal.* 1988, 1, doct., 209.

SARGOS (P.), « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », in *Rapport de la Cour de cassation française*, 1986, Doc. fr., 1987, p. 33 et s.

SAVATIER (R.), « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p. 525.

SAVAUX (E.), « La fin de la responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1999, p. 1 et s.

SAWADOGO (F. M.), « L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina-Faso », *Revue Burkinabè de Droit*, n° 26, juill. 1994, p. 191-248.

SAWADOGO (F. M.), « La portée abrogatoire lato sensu des Actes uniformes », Communication à l'Atelier de sensibilisation destiné aux magistrats de la zone UEMOA et de la Guinée Conakry, tenu à Ouagadougou, au Burkina-Faso, du 26 au 28 juin 2007, p. 27 et s.

SAWADOGO (F. M.), Commentaires sous article 2 AUPC, in *OHADA. Traités et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2008, p. 891.

SCHIMDT (D.), « Le cautionnement et la loi du 25 janvier 1985 », *Cahiers de recherche de l'I. A. E. de Toulouse*, 1986, n° 51.

SCHIMDT (D.) et MICHEL (F.), « Le traitement amiable des difficultés de l'entreprise par l'administrateur judiciaire dans le cadre du mandat ad hoc », *Banque et Droit*, fév. 1993, n° 27, p. 14-15.

SENECHAL (J.-P.), « Procédures civiles d'exécution et procédures collectives », *Petites affiches*, 22 déc. 1999, p.34.

SERE (S.), Commentaires sous Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, *J. O. OHADA*, n° 10, p. 1 et s.

SERINET (Y.-M.), « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*. Etudes de droit comparé, sous la

direction de FONTAINE (M.) et VINEY (G.), Bruylant, Bruxelles, LGDJ, Paris, 2001, p. 590 et s.

SERLOOTE (P.), « L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée », D. 1985, chron. 187.

SIMLER (Ph.), « La renonciation par la caution au bénéfice de l'article 2037 du Code civil », *JCP G* 1975, I, 2711

SIMLER (Ph.), « Cautionnement », *J.-Cl. civ.*, art. 2021 à 2027, fasc. 10.

SIMLER (Ph.), *J.-Cl. civ.* art. 1282 à 1288, Fasc. « Remise de dette », 2005, n° 118.

SIMLER (Ph.), « Le juge et la caution : excès de rigueur ou excès d'indulgence », *JCP N* 1986, I, 169-179.

SIMLER (Ph.), « Les interférences des régimes matrimoniaux et des procédures collectives », *Petites affiches*, 1998, n° 72, p. 28.

SIMLER (Ph.), « Le cautionnement d'une dette s'étend de plein droit aux accessoires de celle-ci », *RJDA* 1999, p. 831 et s.

SIMLER (Ph.), « Histoire d'une impasse : la sanction du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consenties pour le compte des sociétés par actions », *Mélanges SCHMIDT (D.)*, Joly éd., p. 449.

SIMLER (Ph.), « L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée », *Mélanges AUBERT (J.-L.)*, p. 295.

SIMLER (Ph.), « Le cautionnement réel est-aussi- un cautionnement », *JCP G* 2001, I, 367.

SIMLER (Ph.), « Décharge de la caution lorsque le créancier gagiste n'a pas demandé l'attribution judiciaire du gage », *JCP G* 2005, II, 10130.

SIMLER (Ph.), « La caution ne peut opposer au créancier la nullité pour dol du contrat principal », *JCP G* 2007, II, 10138.

SOINNE (B.), « Le cours des intérêts postérieurs au jugement déclaratif », *Gaz. Pal.* 1983, doct., p. 135 et s.

SOINNE (B.), « Le cautionnement et la loi du 25 janvier 1985 », *Act. Lég. Dalloz*, 3 oct. 1985.

SOINNE (B.), « La continuation du compte courant après jugement d'ouverture », *Gaz. Pal.* 4-5 mai 1988, 2 et s.

SOINNE (B.), « La continuation du cours des intérêts », *Rev. proc. coll.*, 1988, p. 213.

SOINNE (B.), « Bilan de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires : Mythes ou réalités. Propositions de modification », *Rev. proc. coll.* 1993, p. 355 et s.

SOINNE (B.), « La clôture de la liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.* 1993/2, p. 217, n° 27.

SOINNE (B.), « Le régime des biens communs », *Petites affiches* 1996, n° 87.

- SOINNE (B.), « Surendettement et faillite : unité ou dualité des régimes », *Rev. proc. coll.*, 1998, p. 1 et s.
- SOINNE (B.), « La problématique de la nouvelle cession d'entreprise », *Rev. proc. coll.* 2006, p. 313.
- SOSSA (D. C.), « Contribution à l'étude de la nature juridique de la clause de réserve de propriété », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives (R. B. S. J. A.)*, n° 16, 2006, p. 3 et s.
- SOUSI (G.), « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.* 1982, p. 534 et s.
- SOW (O.), « La gestion bancaire des incidents de compte », in Séminaire interbancaire, Cotonou, 9 au 13 oct. 2006, compte rendu A. BOCCOVI, [www.sire-ohada.com](http://www.sire-ohada.com).
- STAUDER (B.), « Le "prêt responsable". L'exemple de la nouvelle loi sur le crédit à la consommation », *Liber amicorum, Mélanges CALAIS-AULOY (J.)*, Dalloz, 2004, p. 1030.
- STORCK (M.), « Cautionnement et procédures collectives », *Petites affiches*, 2000, n° 188, p. 33.
- STORCK (M.), « L'exception de nullité en droit privé », *D.* 1987, chron., p. 68.
- TALLON (D.), « Pour une autre présentation de l'inexécution », *RTD civ.* 1994, p. 223 et s.
- TALLON (D.), « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Mélanges CORNU (G.)*, 1995, p. 429.
- TANGER (M.), « Le bankruptcy reform act de 1994 », *Petites affiches* 1995, n° 111, p. 14.
- TANGER (M.), « L'établissement du passif antérieur selon la législation fédérale des Etats-Unis sur la faillite », *Petites affiches*, 19 août 2003, n° 165, p. 3-10.
- TARROUX (T.), « Le contrat de cautionnement des obligations résultant du bail à usage d'habitation », *Administrer*, mars 2001, n° 331, p. 8 et s.
- TEBOUL (G.), « Faut-il encore réformer le droit des entreprises en difficulté ? », *Petites affiches*, 26 oct. 2007, n° 215, p. 4 et s.
- TERRAY (J.), « Le cautionnement : une institution en danger », *JCP G* 1987, I, p. 3295.
- TERRE (F.), « Droit de la faillite ou faillite du droit », *RJ com.* 1991, p. 1.
- TEXIER (M.), « Les effets sur le cautionnement de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre de procédures organisées », *RTD com.* 2008, p. 25 et s.
- TEYNIER (E.), « La règle du droit de la faillite et le sort économique des entreprises défaillantes », *RTD com.* 1985, p. 57.

- THALLER (E.), « Ce que c'est que la cessation des paiements dans la faillite », *Annales de droit commercial*, 1897, p. 214.
- TIGER (Ph.), « Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA », *Petites affiches*, 13 oct. 2004, n° 205, p. 35.
- TIGER (Ph.), « Douze questions sur le cautionnement et leur solution en droit OHADA », *Penant*, n° spécial 840, « Sûretés et garanties bancaires », p. 416.
- TOUJAS (G.), « Du concordat amiable », *JCP G* 1942, I, 255.
- TRENOU (Ch.), « Les systèmes, moyens et incidents de paiement dans les Zones CEMAC et UEMOA », in séminaire interbancaire, Lomé, 26 au 30 mars 2007, compte rendu A. BOCCOVI, [www.sire-ohada.com](http://www.sire-ohada.com).
- TRICOT (D.), « La cessation des paiements : une notion stable », *Rev. proc. coll.* 2005/1, 29 et 30 avril 2005, p. 13.
- TRIGEAUD (J.-M.), « Justice et fidélité dans les contrats », *Archives de Philosophie de Droit*, 1983, p. 210.
- TRIGEAUD (M.) et SEVE (R.), « Le système juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1997, n° 31.
- TROCKELS (F.), « Aperçu du nouveau régime juridique de l'insolvabilité en Allemagne », *Rev. proc. coll.* 1996, p. 23 et s.
- TROCKELS (F.), « Le droit allemand des procédures collectives et le droit privé international allemand », *Rev. proc. coll.*, déc. 1998, n° 5, p. 483 et s.
- VALBRAY (J. F. de), « Le cautionnement des dirigeants et la faillite des entreprises », *Petites affiches*, 14 sept. 1994, p. 73 et s.
- VALLANSAN (J.), « L'application des règles d'imputation des paiements », *Defrénois* 1989, p. 321.
- VALLENS (J.-L.), « Les aspects procéduraux de la réforme du règlement amiable », *Petites affiches* 1994, n° 110, p. 120 et s.
- VALLENS (J.-L.), « Le redressement judiciaire des professions libérales », *Petites Affiches*, 22 juill. 1998, n° 87, p. 15 et s.
- VASSEUR (M.), « Maintien des ouvertures de crédit bancaire en dépit du jugement de redressement judiciaire ? », *Banque*, 1986, 630.
- VASSEUR (M.), « Les nouvelles règles de la Chambre de commerce internationale pour les garanties sur demande », *RDAI/IBLJ*, n° 3, 1992, p. 239 et s.
- VAUVILLE (F.), « La cession d'actif après la réforme du 26 juillet 2005 », *Droit et patrimoine*, mars 2006, p. 80 et s.

VEAUX (D.) et VEAUX-FOURNERIE (P.), « La représentation mutuelle de coobligés », in *Mélanges Weill (A.)*, Dalloz/Litec, 1983, p. 547

VEDEL (G.), « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges VIGREUX*, p. 766.

VIDAL (D.), « Les causes de décharge de la caution par le fait du créancier », *Droit et patrimoine*, juin 1996, p. 50 et s.

VIDAL (D.), « La responsabilité civile du banquier dans la faillite de son client, *RD bancaire et fin.*, 2006, n° 6, p. 89.

VIENNOIS (J.-P.), « L'amiable », *Revue générale des procédures*, n° 4, oct./déc. 1999, p. 471.

VLEI YOROBA (Ch.), « Droit de la famille et les réalités familiales depuis l'indépendance: le cas de la Côte Ivoire », in *Femmes d'Afrique*, Clio, n° 6/1997.

VOINET (D.), « Le sort des créances dans la procédure collective (l'exemple de la créance environnementale), *RTD com.* 2001, 581.

VUILLEMIN GONZALES (C.), « La réticence dolosive des établissements bancaires à l'égard des cautions, un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi », *D.* 2001, chron., p. 3338 et s.

WAR (D.), « Harmonisation du droit des affaires : ouragan sur le superprivilège des travailleurs », *Revue EDJA*, oct.-déc. 1995, n° 27, p. 47

WIEDERKEHR (G.), « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes juridiques », *Mélanges RIEG*, Bruylant, 2000, 894 et s.

WIEDERKEHR (G.), « Les procédures collectives de règlement du passif et la fonction du juge », *Mélanges SCHMIDT (D.)*, Joly éditions, 2005, 488.

WIEGAND (W.), Akzessorietät und Spezialität. Zum Verhältnis Zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand, in *Probleme der Kreditsicherung*, Berner Tage für die juristische Praxis 1881, Berne 1982, p. 43.

WITZ (Cl.), « Chroniques de droit civil allemand », *RTD civ.* 1994, p. 443 et s.

ZENATI (F.), « Le produit de l'action en comblement de passif et la masse des créanciers », *D.* 1983, chron. p. 213.

ZERBO (Z.), « Le droit de rétention dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA : étude comparative », *Penant*, n° 836, mai-août 2001.

#### **IV - AUTRES DOCUMENTS**

- ARISTOTE, *Physique*, Paris, Les belles lettres, 1966.

- ARISTOTE, *Métaphysique*, trad. et notes, par TRICOT (J.), Librairie philosophique, J. Vrin, 1991.

- Avant-projet de l'Acte uniforme relatif au droit des contrats.

- [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

- [www.le-fagace.org](http://www.le-fagace.org).

# INDEX ALPHABETIQUE

(LES NUMEROS RENVOIENT AUX NUMEROS DE PAGE)

## A

accessoire, 6, 7, 9, 13, 14, 15, 17, 19, 21, 23, 24, 25, 26, 29, 31, 36, 37, 39, 40, 41, 51, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 67, 68, 69, 70, 71, 75, 76, 78, 79, 81, 83, 84, 86, 89, 90, 91, 95, 96, 98, 100, 101, 102, 105, 115, 120, 121, 124, 127, 128, 134, 137, 138, 142, 144, 145, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 160, 162, 170, 181, 183, 188, 189, 191, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 214, 219, 220, 223, 230, 231, 232, 244, 252, 283, 296, 300, 303, 305, 314, 316, 318, 321, 322, 324, 325, 326, 331, 332, 339, 352, 354, 355, 356, 362, 369, 370, 372, 377, 394, 395, 397, 398, 399, 400, 411, 412, 420, 424, 429

accessoriété, 376

**acte à titre onéreux**, 60, 172

Acte uniforme, 1, 6, 9, 10, 13, 14, 16, 17, 19, 26, 28, 38, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 52, 55, 61, 63, 66, 69, 70, 72, 79, 81, 83, 84, 86, 95, 97, 113, 118, 123, 129, 132, 134, 149, 152, 153, 156, 161, 163, 165, 173, 177, 181, 185, 186, 189, 192, 202, 203, 205, 210, 215, 217, 218, 223, 236, 237, 239, 241, 243, 246, 247, 250, 258, 270, 272, 274, 280, 281, 286, 289, 290, 291, 293, 309, 314, 316, 322, 326, 327, 332, 339, 340, 341, 347, 365, 367, 368, 369, 382, 392, 400, 402, 404, 415, 424, 425, 427, 433, 434, 438, 442

actif disponible, 94, 103, 106, 109, 110, 111, 112, 113, 114

action cambiaire, 373, 374, 377

action en nullité, 222

action en responsabilité, 263, 385

action en revendication, 74, 356, 360, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 381, 391

action individuelle, 344, 356

action paulienne, 172, 173, 435

action résolutoire, 357, 381

arrêt du cours des intérêts, 12, 156, 157, 158, 160, 161, 162, 195, 203, 205, 243, 244, 287, 398

associé, 110, 212, 245, 264, 276, 277, 284, 313, 326, 327, 330, 381, 382, 410, 430

autonomie, 19, 60, 69, 124, 154, 270, 322, 330, 398

## B

bail, 97, 157, 175, 183, 189, 193, 194, 210, 211, 212, 216, 235, 237, 241, 320, 371, 372, 373, 382, 440

banque, 6, 16, 93, 98, 108, 110, 135, 147, 160, 181, 191, 206, 213, 216, 217, 233, 239, 240, 242, 245, 247, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 267, 269, 274, 276, 282, 283, 285, 286, 287, 288, 292, 358, 364, 365, 374, 377, 381, 382, 390, 393, 410, 423, 431, 433, 436

banqueroute, 39, 49, 57, 315, 424

bonne foi, 21, 165, 166, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 263, 265, 274, 276, 278, 294, 296, 298, 300, 302, 303, 305, 314, 315, 358, 378, 385, 386, 387, 388, 389, 391, 393, 394, 399, 401, 416, 442

## C

caractère accessoire du cautionnement, 13, 68, 101, 105, 127, 151, 231, 296, 305

caractère bilatéral, 251

caractère unilatéral, 179, 271

cause, 14, 18, 22, 28, 29, 41, 46, 48, 51, 53, 54, 55, 57, 61, 62, 63, 68, 70, 71, 79, 80, 85, 86, 88, 92, 93, 95, 96, 98, 101, 102, 106, 112, 113, 115, 117, 118, 121, 123, 125, 126, 127, 140, 149, 150, 151, 153, 156, 164, 168, 172, 175, 177, 178, 179, 181, 183, 184, 189, 190, 192, 193, 196, 197, 205, 206, 210, 213, 214, 215, 231, 236, 241, 245, 247, 248, 257, 259, 260, 268, 270, 285, 292, 294, 308, 312, 313, 315, 316, 317, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 330, 332, 333, 339, 341, 342, 344, 352, 355, 361, 378, 380, 381, 383, 384, 385, 388, 394, 397, 398, 410, 413, 415, 419

*cause de l'obligation*, 96, 322

cause-fonction, 314, 322

caution avertie, 262, 263, 264, 277, 282

caution dirigeante sociale, 22, 398

caution illettrée, 238, 246, 286

caution personne morale, 76, 276, 282

caution personne physique, 16, 22, 76, 246, 276, 282, 398

caution profane, 16, 178, 246, 264, 282, 398, 401

*caution simple*, 15, 36, 126, 138, 192, 317, 385

caution solidaire, 37, 121, 132, 135, 137, 138, 158, 192, 193, 212, 242, 245, 283, 287, 288, 320, 417

cautionnement de tous engagements, 125, 177, 178, 203, 204, 205, 206, 212, 215, 228, 232, 235, 244, 280, 291, 304, 305, 318, 329

cautionnement des dettes déterminées, 241

cautionnement des dettes futures, 97, 244

cautionnement des dettes présentes, 96

cautionnement personnel, 222, 224, 225, 283

cautionnement réel, 173, 218, 219, 220, 221, 222, 224, 225, 226, 227, 283, 299, 410, 411, 414, 417, 418, 425, 428, 429, 430, 432, 439

certificateur de caution, 16, 122, 329

cessation des paiements, 10, 18, 20, 26, 28, 31, 32, 33, 38, 39, 41, 44, 49, 69, 73, 92, 93, 103, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 122, 131, 133, 143, 155, 166, 167, 172, 173, 177, 178, 181, 182, 198, 209, 213, 232, 236, 267, 268, 271, 308, 310, 311, 312, 321, 326, 327, 328, 332, 333, 351, 401, 410, 412, 416, 417, 422, 423, 425, 431, 433, 435, 441

cession d'entreprise, 126, 131, 182, 195, 282, 314, 440

cession de créance, 64, 192, 193, 367, 370, 373, 375, 376, 416, 426

cession des contrats, 174, 182, 183, 184, 188, 192, 195

cession partielle d'actif, 45, 130, 184, 343

clause de réserve de propriété, 290, 367, 368, 369, 370, 372, 373, 381, 440

clause de retour à meilleure fortune, 35, 137, 140, 141, 142, 143, 158, 236, 295, 297, 348, 427, 428, 434

clause pénale, 209, 214, 215, 304, 372, 413

clôture de la procédure, 93, 159, 160, 162, 224, 312, 313, 317, 319, 329, 331, 340, 346, 347, 351, 360

comblement du passif, 328, 329, 348

compensation, 35, 81, 147, 181, 209, 228, 270, 275, 290, 334, 365, 413

compte courant, 100, 114, 175, 178, 179, 180, 181, 182, 203, 217, 223, 233, 235, 283, 289, 290, 291, 365, 415, 419, 420, 428, 439

concordat de redressement, 42, 86, 89, 106, 116, 123, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 135, 136, 139, 142, 144, 157, 182, 183, 186, 188, 190, 192, 195, 203, 214, 230, 236

concordat préventif, 21, 29, 30, 38, 39, 40, 42, 50, 51, 52, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 66, 68, 70, 71, 75, 76, 80, 81,

82, 83, 84, 86, 87, 89, 93, 94, 101, 117, 203, 227, 230, 414, 435  
concordat sérieux, 38, 52, 129, 184, 308, 314  
contenu normatif, 26, 195  
continuation de l'activité, 27, 174  
contrat en cours, 176  
contribution à la dette, 209, 352, 354  
conversion, 73, 86, 90, 92, 94, 95  
coobligé, 42, 132, 133, 134, 139, 192, 295  
créanciers antérieurs, 71, 81, 85, 94, 116, 129, 132, 136, 172, 301, 344, 428  
créanciers chirographaires, 11, 74, 130, 159, 167, 170, 254, 414  
créanciers dans la masse, 132  
créanciers munis de sûretés, 11, 71, 127, 131, 132, 223, 301, 357, 421  
créanciers postérieurs, 33, 164, 196  
crédit disproportionné, 237, 264, 266, 278  
crédit-bail, 175, 371, 372, 373

## D

dation en paiement, 134, 169, 170  
*debitum*, 78, 99, 150, 151  
décharge de la caution, 165, 170, 175, 230, 275, 288, 293, 302, 378, 379, 380, 381, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 392, 393, 394, 417, 442  
déchéance, 97, 107, 123, 152, 160, 182, 226, 268, 270, 274, 280, 282, 284, 286, 288, 289, 290, 291, 293, 302, 304, 305, 309, 317, 318, 332, 358, 362, 367, 378, 382, 383, 385, 386, 387, 388, 392, 393, 421  
déchéance du terme, 107, 226, 280, 317  
défaillance du débiteur, 9, 12, 18, 26, 27, 41, 90, 97, 103, 105, 106, 108, 109, 110, 112, 115, 116, 127, 136, 137, 145, 173, 178, 192, 195, 201, 202, 207, 213, 219, 240, 253, 254, 255, 256, 258, 259, 261, 279, 280, 286, 293, 305, 309, 310, 311, 322, 324, 325, 383, 393, 394, 395, 416  
délai de grâce, 50, 80, 126, 430  
délais de paiement, 31, 34, 36, 48, 58, 85, 87, 128, 130, 135, 139, 207, 244  
dessaisissement du débiteur, 163, 164  
devoir d'aviser, 255, 257, 259, 260, 261  
devoir d'information, 21, 262, 265, 266, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 286, 287, 288, 289, 293, 304, 305, 395, 399  
devoir de mise en garde, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 278, 395, 399, 422  
dol, 68, 86, 89, 149, 229, 230, 231, 247, 256, 257, 258, 259, 261, 263, 302, 429, 435, 436, 439  
droit de critique, 143, 202, 227, 228, 229, 230, 231, 237, 251, 252, 265, 306, 395, 399  
droit de rétention, 357, 364, 365, 366, 415, 418, 419, 427, 434, 442  
droit potestatif, 355, 367, 388, 413

## E

*effet d'homogénéisation*, 121, 124  
effet relatif des contrats, 66, 438  
étendue du cautionnement, 204, 208, 215, 237  
exception d'inexécution, 84, 214, 232, 379  
exceptions inhérentes à la dette, 15, 39, 40, 62, 75, 83, 122, 123, 133, 134, 139, 144, 145, 147, 148, 149, 152, 153, 156, 228, 229, 232, 300, 426  
exceptions personnelles au débiteur, 75, 123, 144, 145, 149, 153, 228, 300  
exigibilité de la dette, 81, 98, 107, 317  
existence de la dette, 178, 227, 228

expert, 29, 31, 52, 55, 60  
extension de la procédure, 326, 327, 328, 329, 348  
extinction du cautionnement, 51, 63, 91, 96, 177, 300, 316, 323, 335, 355, 364, 388, 413

## F

faculté, 144, 147, 150, 176, 177, 204, 211, 213, 226, 227, 228, 232, 233, 234, 235, 237, 241, 281, 286, 296, 301, 304, 305, 319, 337, 346, 366, 367, 386, 388, 390, 391, 412, 426, 435  
faillite, 6, 11, 21, 31, 34, 39, 50, 56, 57, 58, 88, 107, 114, 115, 127, 129, 133, 135, 138, 143, 162, 170, 176, 182, 224, 243, 250, 275, 296, 297, 298, 308, 310, 311, 312, 314, 315, 325, 326, 328, 334, 337, 346, 348, 369, 376, 377, 399, 402, 403, 405, 410, 412, 415, 417, 420, 426, 429, 432, 434, 435, 437, 440, 441, 442  
faillite personnelle, 31, 56, 57, 88, 315, 403  
fiducie-sûreté, 367, 376  
finalité du cautionnement, 17, 312, 323, 377, 395  
fonction de la garantie, 101, 120, 308, 313, 321, 397  
force obligatoire du contrat, 147, 313  
forclusion, 127, 150, 156, 295, 296, 297, 298, 300, 337, 339, 349, 362, 373  
formalisme, 228, 237, 247, 248, 285, 306, 420, 424  
fraude, 32, 49, 172, 268, 272, 377

## G

gage, 7, 74, 119, 164, 167, 168, 217, 219, 220, 221, 222, 226, 252, 346, 348, 355, 357, 359, 364, 365, 366, 374, 376, 377, 385, 391, 430, 439  
gage général, 218, 219, 364  
garantie autonome, 14, 318

## H

homologation du concordat, 53, 86, 89, 133, 230  
hypothèque, 74, 82, 159, 165, 217, 219, 222, 223, 226, 283, 284, 389

## I

immatriculation, 45, 46, 165, 438  
imputation prioritaire, 242, 291  
indemnité d'occupation, 210, 211, 212  
inopposabilité de droit, 52, 83, 171  
inopposabilités facultatives, 171, 172  
inscription des sûretés, 163, 164, 166, 382, 398  
insuffisance d'actif, 106, 113, 114, 224, 309, 312, 313, 314, 315, 319, 321, 328, 329, 339, 344, 346, 347, 348, 351, 360, 418  
intérêts, 10, 11, 12, 15, 16, 19, 20, 21, 30, 40, 41, 46, 54, 55, 58, 67, 86, 90, 103, 111, 116, 134, 139, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 174, 181, 196, 200, 201, 202, 208, 209, 210, 212, 213, 214, 215, 221, 228, 232, 234, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 254, 255, 260, 265, 267, 268, 270, 271, 274, 279, 280, 281, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 333, 336, 338, 345, 351, 361, 376, 378, 380, 384, 385, 388, 390, 391, 395, 397, 399, 401, 410, 417, 425, 426, 429, 430, 434, 439  
interprétation, 28, 64, 77, 111, 113, 123, 124, 144, 145, 151, 157, 170, 171, 207, 215, 216, 229, 251, 256, 271, 273, 300, 316, 325, 337, 351, 361, 363, 400, 413, 414, 423, 430

## J

juge-commissaire, 52, 119, 297, 314  
jugement d'ouverture, 31, 46, 70, 73, 74, 112, 118, 121,  
122, 131, 155, 156, 160, 161, 163, 164, 165, 166, 167,  
174, 175, 176, 178, 179, 180, 214, 224, 288, 290, 294,  
314, 342, 343, 344, 360, 362, 368, 439  
jurisdiction compétente, 29, 30, 31, 52, 53, 55, 58, 61, 67,  
71, 83, 93, 131, 186, 268, 270, 274, 290, 314, 329  
justice commutative, 25, 300, 394  
justice distributive, 25, 103, 120

## L

lettre de garantie, 14, 19, 153, 197, 223, 284, 398, 431, 433  
limitation de l'engagement de la caution, 202, 203, 217,  
222, 227, 242, 306  
loyauté, 254, 255, 257, 260, 263, 278, 302, 303, 304, 306,  
358, 386

## M

maintien de l'engagement de la caution, 91, 136, 186, 193,  
318  
mandat de se porter caution, 182, 250  
mention manuscrite, 83, 176, 201, 207, 228, 237, 238, 239,  
241, 242, 243, 244, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 395,  
423, 428  
mesure conservatoire, 122, 333  
mesures conservatoires, 81, 119, 122, 141  
montant maximal, 203, 235, 236, 240, 244, 251

## N

nantissement, 9, 27, 74, 82, 159, 164, 358, 373, 375, 380,  
382, 393  
novation, 134, 142, 160, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189,  
191, 283, 392, 434  
nullité, 36, 68, 117, 146, 147, 168, 170, 171, 227, 228, 229,  
230, 231, 239, 241, 244, 247, 248, 250, 251, 257, 258,  
259, 284, 299, 424, 435, 437, 439, 440  
nullité absolue, 229  
nullité relative, 229, 231, 232

## O

objet, 17, 25, 32, 35, 55, 62, 63, 65, 66, 67, 69, 82, 94, 97,  
99, 105, 108, 111, 116, 117, 121, 126, 136, 141, 142,  
150, 160, 161, 164, 169, 177, 179, 184, 193, 201, 213,  
220, 222, 224, 228, 236, 237, 244, 246, 254, 267, 269,  
271, 274, 275, 276, 280, 299, 312, 315, 318, 320, 324,  
328, 329, 332, 334, 336, 338, 343, 347, 351, 355, 377,  
386, 408  
*obligatio*, 78, 150, 151  
obligation de couverture, 99, 100, 176, 177, 178, 189, 190,  
191, 192, 235, 428  
obligation de faire, 84, 86, 117, 204  
obligation de ne pas faire, 204  
obligation de règlement, 79, 99, 100, 177, 186, 189, 378,  
392  
omnibus, 128, 177, 235, 236, 244, 245, 421, 432  
opération de cautionnement, 68, 94, 103, 120, 191, 228,  
253, 270, 312, 326  
opposabilité des exceptions, 64, 145, 151, 196, 398  
ordre de paiement, 164  
organes de la procédure collective, 270, 294, 377, 393  
ouverture de la procédure, 18, 21, 22, 26, 27, 28, 29, 31,  
44, 46, 47, 49, 51, 62, 68, 69, 70, 73, 74, 92, 93, 94, 95,

103, 107, 108, 111, 112, 113, 116, 118, 121, 122, 126,  
131, 153, 155, 156, 159, 160, 161, 163, 164, 165, 166,  
167, 175, 176, 178, 182, 196, 204, 210, 214, 224, 247,  
248, 267, 287, 288, 290, 300, 314, 327, 332, 333, 341,  
342, 343, 349, 350, 351, 360, 362, 369, 370, 371, 437

## P

passif exigé, 109, 110  
passif exigible, 28, 103, 106, 107, 109, 110, 111, 112, 113,  
114, 308, 312, 417  
période suspecte, 21, 49, 82, 163, 164, 166, 167, 168, 170,  
171, 172, 173, 257, 305, 377, 399, 431  
**potestativité**, 389  
poursuites individuelles, 12, 18, 22, 29, 30, 31, 33, 34, 35,  
52, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 83, 85, 87,  
90, 92, 95, 96, 101, 108, 115, 116, 117, 118, 120, 121,  
122, 123, 124, 128, 203, 313, 316, 330, 331, 333, 336,  
340, 341, 343, 344, 356, 357, 374, 395, 398, 399  
procédures collectives, 1, 4, 6, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17,  
18, 19, 21, 23, 24, 25, 29, 35, 38, 40, 41, 43, 44, 45, 47,  
56, 58, 59, 62, 63, 68, 70, 75, 79, 86, 92, 95, 96, 98,  
101, 105, 107, 109, 111, 114, 115, 116, 117, 118, 121,  
122, 123, 124, 127, 128, 129, 131, 133, 134, 135, 136,  
137, 140, 142, 143, 144, 148, 149, 150, 151, 152, 153,  
154, 155, 156, 166, 168, 172, 173, 174, 176, 182, 183,  
184, 188, 189, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201,  
202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 211, 218, 223, 224,  
225, 227, 228, 229, 232, 234, 235, 237, 238, 241, 244,  
246, 247, 249, 251, 253, 254, 255, 265, 269, 270, 271,  
274, 278, 280, 284, 292, 293, 294, 296, 298, 299, 300,  
301, 305, 306, 310, 313, 315, 316, 318, 319, 321, 324,  
325, 326, 327, 328, 331, 332, 333, 334, 335, 338, 339,  
340, 342, 344, 348, 351, 354, 356, 364, 367, 369, 375,  
376, 377, 379, 380, 384, 385, 387, 389, 393, 394, 395,  
397, 398, 399, 400, 404, 405, 406, 408, 410, 413, 414,  
415, 418, 420, 421, 422, 424, 425, 426, 427, 428, 432,  
433, 434, 435, 437, 438, 439, 440, 441, 442  
production de créance, 336, 338, 343, 350, 351  
proportionnalité, 83, 255, 270, 271, 273, 274, 275, 276,  
277, 278, 306, 393, 399, 401, 412, 416, 421, 428, 429,  
431, 432, 435  
propriété retenue à titre de garantie, 364  
prorogation du terme, 280, 318, 335

## Q

qualification, 24, 47, 53, 57, 59, 61, 63, 78, 80, 130, 139,  
140, 146, 147, 169, 173, 187, 205, 209, 218, 272, 318,  
362, 365, 377, 425, 442

## R

recours après paiement, 329, 339, 340, 342, 345, 346, 347,  
349  
recours avant paiement, 296, 300, 332, 334, 336, 338, 339,  
351  
recours personnel, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345,  
346, 348, 349, 350, 352, 360, 424, 437  
recours subrogatoire, 22, 42, 84, 85, 189, 300, 338, 346,  
349, 350, 355, 356, 358, 359, 360, 362, 388, 389, 391,  
394, 395  
redressement judiciaire, 15, 16, 20, 25, 35, 39, 43, 44, 46,  
48, 85, 86, 90, 92, 93, 94, 95, 103, 105, 106, 109, 111,  
114, 116, 118, 123, 129, 131, 135, 136, 153, 155, 156,  
157, 160, 161, 162, 163, 164, 175, 179, 180, 184, 188,  
189, 193, 195, 196, 198, 202, 217, 237, 282, 287, 288,  
294, 295, 296, 306, 309, 314, 315, 320, 323, 326, 333,  
337, 339, 342, 343, 346, 348, 349, 351, 357, 360, 368,

381, 397, 410, 417, 419, 422, 425, 428, 429, 430, 431, 434, 437, 441  
règlement amiable, 15, 26, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40, 41, 48, 49, 51, 52, 56, 59, 76, 77, 80, 82, 93, 94, 95, 304, 403, 405, 412, 413, 416, 419, 423, 425, 428, 431, 432, 441  
règlement préventif, 12, 15, 16, 18, 20, 21, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 34, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 50, 51, 52, 55, 59, 68, 70, 74, 77, 81, 83, 85, 86, 92, 93, 94, 95, 96, 130, 196, 198, 306, 320, 357, 374, 397, 401, 437  
remise de dette, 15, 41, 58, 66, 136, 141, 142, 304, 316, 320, 440  
responsabilité civile, 213, 225, 275, 303, 304, 328, 379, 382, 383, 394, 421, 436, 442  
responsabilité des tiers, 267, 271, 433  
revendication, 36, 72, 290, 369, 370, 371, 372, 373, 374  
rupture unilatérale, 234, 237

## S

sauvetage du débiteur, 23, 24, 91, 136, 155, 175, 182, 196, 198, 234, 306, 313, 353, 357, 394  
secteur informel, 44, 115  
subrogation, 22, 74, 84, 165, 166, 226, 288, 293, 300, 301, 302, 309, 341, 342, 350, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 371, 372, 373, 374, 375, 377, 378, 379, 380, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 392, 393, 394, 399, 413, 426  
surendettement, 20, 37, 41, 82, 108, 186, 252  
sûretés, 1, 6, 9, 10, 13, 14, 17, 19, 20, 21, 22, 37, 41, 44, 60, 65, 67, 70, 71, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 96, 98, 115, 121, 128, 134, 137, 140, 145, 163, 164, 166, 168,

170, 173, 185, 186, 189, 190, 191, 195, 197, 198, 200, 218, 219, 220, 221, 223, 224, 225, 226, 239, 240, 244, 246, 250, 252, 268, 274, 275, 281, 294, 298, 299, 300, 301, 306, 318, 322, 323, 326, 331, 333, 334, 335, 341, 342, 345, 350, 355, 357, 358, 360, 361, 363, 365, 366, 367, 368, 370, 371, 372, 375, 376, 382, 383, 384, 388, 392, 394, 395, 398, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 411, 415, 416, 418, 421, 422, 423, 425, 427, 429, 430, 431, 432, 433, 435, 436, 438, 442  
suspension des poursuites individuelles, 35, 52, 72, 75, 121, 123  
syndic, 52, 58, 119, 130, 175, 180, 184, 214, 236, 267, 290, 329, 351, 357

## T

théorie de l'accessoire, 24, 62, 70, 79, 151, 325  
théorie de la remise des poursuites, 133, 137  
théorie des quatre causes, 323

## U

union des créanciers, 339

## V

vérification des créances, 131, 373  
vices du consentement, 229, 255, 258, 261  
violence économique, 229  
voies de recours, 136, 341, 380, 414

## TABLE DES MATIERES

<b>ABREVIATIONS .....</b>	<b>1</b>
<b>SOMMAIRE.....</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCTION GENERALE .....</b>	<b>6</b>
<b>PREMIERE PARTIE .....</b>	<b>24</b>
<b>L'ALTERATION DU CARACTERE ACCESSOIRE DU CAUTIONNEMENT PAR LES PROCEDURES DE SAUVETAGE DU DEBITEUR PRINCIPAL .....</b>	<b>24</b>
<b>TITRE I – L'ALTERATION DU CARACTERE ACCESSOIRE DU CAUTIONNEMENT PAR LA PREVENTION DES DIFFICULTES DU DEBITEUR PRINCIPAL.....</b>	<b>26</b>
<b>CHAPITRE I- L'ALTERATION DU DROIT DU CAUTIONNEMENT PAR L'ADOPTION DES MESURES PREVENTIVES .....</b>	<b>30</b>
<b>Section 1- L'exclusion de la caution du processus d'adoption des mesures préventives.....</b>	<b>32</b>
<b>Paragraphe 1- La genèse de l'exclusion de la caution recherchée dans l'évolution du droit hérité .....</b>	<b>32</b>
<b>A- L'imprécision du sort de la caution dans le règlement amiable des difficultés du débiteur principal .....</b>	<b>33</b>
<b>B- L'incidence du règlement amiable sur l'engagement cautionné.....</b>	<b>36</b>
<b>Paragraphe 2 - La consécration de l'exclusion de la caution par le droit uniforme .....</b>	<b>38</b>
<b>A - L'aggravation du sort de la caution par la conclusion du concordat préventif.....</b>	<b>38</b>
<b>B - La subsistance des pactes amiables de règlement des difficultés résultant du droit des contrats.....</b>	<b>43</b>
<b>1- La caution dépendante de la qualité des personnes ou entreprises concernées .....</b>	<b>43</b>
<b>a- La caution des personnes physiques commerçantes .....</b>	<b>43</b>
<b>b- La caution des personnes morales de droit privé et des entreprises publiques .....</b>	<b>45</b>
<b>2- La possibilité de recours à des procédés amiables pour les entreprises exclues du règlement préventif.....</b>	<b>48</b>
<b>Section 2- La recherche du fondement de l'exclusion de la caution du bénéfice des remises concordataires.....</b>	<b>50</b>
<b>Paragraphe 1- L'insuffisance du cadre judiciaire à expliquer la remise en cause du caractère accessoire du cautionnement .....</b>	<b>51</b>
<b>A- La non habilitation des autorités judiciaires à modifier les éléments du concordat.....</b>	<b>52</b>

B- L'absence du pouvoir de modification du juge sur le contenu du concordat .....	55
<b>Paragraphe 2- La réfutation du statut dérogoire du cautionnement à la théorie de l'inopposabilité des exceptions .....</b>	<b>58</b>
A- Le concordat, une convention postérieure à la conclusion du cautionnement .....	59
B - L'exception du cautionnement à déroger à l'effet relatif du concordat préventif .....	61
Conclusion du chapitre I .....	68

**CHAPITRE II - L'ALTERATION DU DROIT DU CAUTIONNEMENT PAR LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES PREVENTIVES..... 70**

<b>Section 1- L'éviction de l'engagement de la caution par les garanties de mise en œuvre des mesures concordataires .....</b>	<b>70</b>
Paragraphe 1- La décision de suspension des poursuites individuelles .....	71
A- La suspension des poursuites individuelles au profit du débiteur principal.....	71
B- L'interdiction du bénéfice de la suspension des poursuites individuelles à la caution ....	75
Paragraphe 2 - Les garanties imposant des engagements au débiteur principal.....	81
A- La fourniture de garanties par le débiteur pour assurer l'exécution du concordat préventif .....	81
B - L'incidence des engagements pris par le débiteur sur le cautionnement.....	84
<b>Section 2 - L'éviction de l'engagement de la caution découlant de l'inexécution des mesures concordataires .....</b>	<b>86</b>
Paragraphe 1 - Une éviction découlant de la sanction de droit commun.....	86
A- La résolution judiciaire du concordat préventif .....	87
B - Les effets de la résolution judiciaire du concordat préventif sur le cautionnement .....	89
Paragraphe 2 - Une éviction résultant de la sanction particulière d'inexécution des engagements concordataires .....	92
A- La conversion du règlement préventif en redressement judiciaire du débiteur.....	92
B - L'incidence de la conversion de la procédure sur l'obligation de la caution.....	95
Conclusion du chapitre II.....	101
Conclusion du titre I.....	101

**TITRE II – L'ALTERATION DU CARACTERE ACCESSOIRE DU CAUTIONNEMENT PAR LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE DU DEBITEUR PRINCIPAL..... 103**

**CHAPITRE I - L'ALTERATION DU DROIT DU CAUTIONNEMENT A L'OUVERTURE DE LA PROCEDURE DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE ..... 105**

<b>Section 1 - L'altération de l'engagement de la caution au stade du constat de défaillance du débiteur principal .....</b>	<b>105</b>
Paragraphe 1 - L'incidence de la constatation de la défaillance du débiteur sur l'engagement de la caution .....	106

A- L'exigibilité de la dette garantie.....	107
B- L'impossibilité pour le débiteur de payer la dette garantie.....	112
<b>Paragraphe 2 - L'incidence des mesures relatives à la vérification du passif du débiteur principal sur la caution.....</b>	<b>115</b>
A- L'interdiction des actions individuelles contre le débiteur principal.....	116
1- La suspension des poursuites individuelles et des voies d'exécution.....	116
2 - L'interdiction des paiements.....	118
B- L'interdiction d'extension de la suspension des poursuites à la caution.....	120
<b>Section 2 - L'altération de l'engagement de la caution au stade de l'apurement du passif du débiteur.....</b>	<b>127</b>
<b>Paragraphe 1- L'incidence des remises consenties sur l'engagement de la caution.....</b>	<b>128</b>
A- Les remises concordataires consenties au débiteur par les créanciers.....	129
B- Le refus du bénéfice des mesures concordataires à la caution.....	133
1- Un refus justifié par l'aspect procédural du redressement.....	133
2- Un refus recherché dans la remise des poursuites.....	137
a- L'appel manifeste à la remise des poursuites.....	137
b - La modification de la dette du débiteur confirmée par la clause de retour à meilleure fortune.....	140
<b>Paragraphe 2 - L'assimilation des remises consenties aux exceptions du débiteur.....</b>	<b>143</b>
A - Les remises consenties et la règle de l'inopposabilité des exceptions.....	143
B - Les incertitudes inhérentes à la catégorisation classique des exceptions.....	145
C - Vers une classification autonome des remises consenties dans le cadre des procédures collectives ?.....	149
Conclusion du chapitre I.....	153

## **CHAPITRE II- L'ALTERATION DU DROIT DU CAUTIONNEMENT PAR LE TRAITEMENT JUDICIAIRE DES DIFFICULTES DU DEBITEUR PRINCIPAL ..... 155**

<b>Section 1 - L'incidence des mesures de sauvegarde du patrimoine du débiteur principal sur la caution.....</b>	<b>155</b>
<b>Paragraphe 1 - L'incidence du gel du passif du débiteur principal par l'arrêt du cours des intérêts sur la caution.....</b>	<b>156</b>
A- La nature de l'arrêt du cours des intérêts.....	156
B - L'évolution de l'incidence de l'arrêt du cours des intérêts sur l'engagement de la caution.....	158
<b>Paragraphe 2 - L'incidence des mesures de préservation et de reconstitution de l'actif du débiteur principal.....</b>	<b>163</b>
A - L'influence de l'interdiction de l'inscription des sûretés sur l'engagement de la caution.....	163
B - L'influence de la sanction des actes suspects sur l'engagement de la caution.....	166
1- Le cautionnement d'une obligation inopposable à la masse des créanciers.....	168

2 - Le cautionnement consenti pendant la période suspecte.....	171
<b>Section 2 - L'incidence du sauvetage de l'activité du débiteur principal sur le régime du cautionnement.....</b>	<b>174</b>
<b>Paragraphe 1 - L'incidence de la continuation des contrats en cours sur l'engagement de la caution.....</b>	<b>175</b>
<b>A - L'influence des contrats en cours sur l'engagement de la caution.....</b>	<b>175</b>
<b>Paragraphe 2 - L'incidence de la cession des contrats sur l'engagement de la caution.....</b>	<b>182</b>
<b>A - L'absence d'effet novatoire à la cession des contrats du fait du redressement du débiteur.....</b>	<b>183</b>
<b>B - Le maintien du cautionnement du contrat cédé.....</b>	<b>189</b>
<b>Conclusion du chapitre II.....</b>	<b>195</b>
<b>Conclusion du titre II.....</b>	<b>195</b>
<b>Conclusion de la première partie.....</b>	<b>196</b>
<b>SECONDE PARTIE .....</b>	<b>198</b>
<b>LA SURVIE DU CAUTIONNEMENT DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES .....</b>	<b>198</b>
<b>TITRE I – LE MAINTIEN DES REGLES DU DROIT COMMUN DE PROTECTION DE LA CAUTION CONTRE LE RISQUE INHERENT AU CREDIT.....</b>	<b>200</b>
<b>CHAPITRE I - LE MAINTIEN DES REGLES DU DROIT COMMUN RELATIVES A L'EXISTENCE ET L'ETENDUE DE LA CREANCE .....</b>	<b>202</b>
<b>Section 1 - Le maintien des règles relatives à la délimitation de l'étendue de la dette de la caution.....</b>	<b>202</b>
<b>Paragraphe 1 - La limitation de l'engagement de la caution à un montant maximal garanti ....</b>	<b>203</b>
<b>A - La délimitation de la dette de la caution.....</b>	<b>204</b>
<b>1 - Les critères de détermination des accessoires de la dette cautionnée.....</b>	<b>205</b>
<b>2 - L'identification des accessoires de la dette de la caution.....</b>	<b>208</b>
<b>B - L'exclusion des risques indirects et imprévisibles du « cautionnement de tous engagements ».....</b>	<b>212</b>
<b>Paragraphe 2 - La limitation de l'engagement de la caution à la valeur d'un bien donné en garantie.....</b>	<b>217</b>
<b>A - La constitution d'une sûreté réelle en garantie de l'engagement personnel.....</b>	<b>218</b>
<b>B - La limitation de l'engagement de la caution à la valeur de réalisation du bien.....</b>	<b>222</b>
<b>Section 2 - Le maintien du droit de critique sur l'existence et l'étendue de la dette.....</b>	<b>227</b>
<b>Paragraphe 1 - Le droit de critique de l'existence de la dette.....</b>	<b>227</b>
<b>A - Le droit de se prévaloir des moyens de défense inhérents à la dette principale.....</b>	<b>228</b>
<b>B - Le droit de rompre le cautionnement de tous engagements.....</b>	<b>232</b>
<b>Paragraphe 2 - Le droit de critique sur l'étendue du cautionnement.....</b>	<b>237</b>
<b>A - L'érection du contenu de l'acte en l'élément exclusif de mesure du cautionnement.....</b>	<b>237</b>

1- La couverture de la dette cautionnée justifiée par la mention manuscrite.....	238
2 - Le contenu de la mention écrite exigée par le législateur.....	240
3- Les exigences particulières en faveur de la caution illettrée .....	245
B- La portée protectrice de la caution de la mention manuscrite .....	247
Conclusion du chapitre I.....	251

## **CHAPITRE II - LE MAINTIEN DES DEVOIRS LEGAUX A LA CHARGE DU CREANCIER.....253**

<b>Section 1 - Le devoir du créancier dans le cautionnement conclu en période de difficulté du débiteur .....</b>	<b>254</b>
<b>Paragraphe 1 - Le devoir d'aviser la caution de toute défaillance du débiteur .....</b>	<b>255</b>
<b>A - Le devoir de révéler à la caution la situation réelle du débiteur en difficulté .....</b>	<b>256</b>
<b>B - L'assimilation du devoir d'aviser la caution au devoir de mise en garde à la charge du créancier.....</b>	<b>259</b>
<b>Paragraphe 2 - Le devoir de ne pas consentir de crédit et de garantie excédant les facultés de remboursement.....</b>	<b>266</b>
<b>A - Le soutien abusif ou le retrait brutal de crédit au débiteur .....</b>	<b>267</b>
<b>B - L'engagement disproportionné de la caution .....</b>	<b>270</b>
<b>Section 2 - Le devoir du créancier dans l'exécution du cautionnement en période de difficulté du débiteur.....</b>	<b>278</b>
<b>Paragraphe 1 - Le devoir d'information de la caution à la charge du créancier.....</b>	<b>279</b>
<b>A - L'affirmation du devoir d'information.....</b>	<b>280</b>
<b>B - La déchéance des intérêts comme sanction de l'inobservation du devoir d'information.....</b>	<b>284</b>
<b>1- La preuve de l'exécution du devoir d'information .....</b>	<b>284</b>
<b>2 - La perte des intérêts échus, sanction de l'inobservation du devoir d'information.....</b>	<b>288</b>
<b>Paragraphe 2 - Le devoir pour le créancier de sauvegarder les intérêts de la caution.....</b>	<b>293</b>
<b>A - Le devoir de produire dans la procédure collective du débiteur principal.....</b>	<b>294</b>
<b>B - Le devoir de ne pas aggraver la situation de la caution .....</b>	<b>302</b>
<b>Conclusion du chapitre II.....</b>	<b>305</b>
<b>Conclusion du titre I.....</b>	<b>306</b>

## **TITRE II - LE MAINTIEN DU DROIT DU CAUTIONNEMENT DANS LA PROCEDURE DE LIQUIDATION DES BIENS ..... 308**

### **CHAPITRE I - LA COMPATIBILITE DE LA NATURE DU CAUTIONNEMENT AVEC LA DEFAILLANCE DEFINITIVE DU DEBITEUR.....310**

<b>Section 1 - La compatibilité de la liquidation des biens avec la finalité du cautionnement.....</b>	<b>312</b>
<b>Paragraphe 1 - Une compatibilité retrouvée dans le maintien des droits du créancier.....</b>	<b>313</b>

A - La possibilité d'une action conjointe contre le débiteur et la caution à la clôture de la procédure collective .....	314
B- Le maintien du droit de poursuite exclusive contre la caution.....	318
Paragraphe 2 - Une compatibilité inhérente à la préservation de la finalité de la garantie.....	321
A- La poursuite de la caution justifiée par la cause-fonction de l'accessoire .....	322
B - L'extension de la procédure à la caution déclarée en cessation des paiements.....	326
Section 2 - La compatibilité de la liquidation des biens avec les actions en remboursement de la caution.....	331
Paragraphe 1 - La sauvegarde du recours avant paiement de la caution .....	332
A - La nature du recours de la caution avant paiement .....	332
B - La portée du recours de la caution avant paiement.....	336
Paragraphe 2 - La sauvegarde du recours de la caution après paiement .....	340
A - La nature du recours de la caution après paiement.....	340
B - La portée du recours de la caution après paiement.....	345
Conclusion du chapitre I.....	352

## **CHAPITRE II – LE MAINTIEN DU MECANISME DE LA SUBROGATION DANS LA LIQUIDATION DES BIENS .....354**

Section 1 – La sauvegarde du recours subrogatoire à la clôture de la procédure collective .....	355
Paragraphe 1 – Le renforcement de la protection de la caution par la reprise de l'action subrogatoire .....	356
A – La possibilité d'exercice de l'action subrogatoire grâce à la reprise des poursuites individuelles .....	356
B - La portée du recours subrogatoire sur l'engagement de la caution .....	360
Paragraphe 2 - L'appréciation du droit transmissible à la caution par voie subrogatoire.....	362
A - Le cantonnement de la subrogation au droit préférentiel du créancier.....	363
B - L'extension de la subrogation aux droits conférant un avantage particulier au créancier .....	366
1- La transmission de la propriété utilisée à titre de garantie.....	367
2- La transmission de créance à titre de garantie à la caution.....	373
Section 2 - L'extinction de l'obligation de règlement de la caution par l'exception de non subrogation .....	378
Paragraphe 1 - L'irréductibilité de la décharge de la caution à un cas de responsabilité civile .....	379
A - L'emprunt de la décharge de la caution aux principes de la responsabilité civile.....	379
B - Les débords de la décharge de la caution de la théorie de la responsabilité.....	384
Paragraphe 2 - L'adaptation du principe général de bonne foi à la justification de la décharge de la caution.....	387
A - Le devoir de sauvegarder le recours subrogatoire de la caution.....	388
B - La décharge mesurée de la caution : sanction de la déchéance du créancier.....	392

Conclusion du chapitre II.....	394
Conclusion du titre II.....	394
Conclusion de la seconde partie.....	395
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>397</b>
BIBLIOGRAPHIE.....	402
<b>INDEX ALPHABETIQUE .....</b>	<b>444</b>
TABLE DES MATIERES.....	448