

Cautionnement et procédures collectives en droit OHADA

LA POURSUITE DE LA CAUTION D'UNE ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ EN DROIT OHADA



SERGE-PATRICK LEVOA AWONA

Docteur/Ph.D. en Droit privé

Chargé de Cours

Enseignant

Département de Droit privé fondamental

Université de Ngaoundéré (Cameroun)

Il est difficile de concilier les préoccupations propres au cautionnement et celles propres aux procédures collectives au moment où le créancier d'une entreprise en difficulté exerce des poursuites contre la caution. La présente étude révèle que le droit OHADA privilégie le paiement des créanciers, finalité prioritaire des procédures collectives, même si les cautions peuvent se défendre en évoquant les moyens tirés du contrat de cautionnement.

1. L'étude du cautionnement des entreprises en difficulté suscite un réel intérêt en droit OHADA. Même si, selon une opinion avisée, la question se rattache au « droit du crédit »¹, elle met cependant en cause deux disciplines juridiques aux finalités parfois différentes, ce qui ne facilite pas toujours le choix des solutions en la matière. De plus, la question, en touchant au cautionnement, pouvait difficilement laisser indifférent. En effet, malgré l'émergence de sûretés offrant au moins des garanties comparables de recouvrement au créancier, notamment lorsque s'ouvre une procédure collective contre le débiteur², le cautionnement continue, paradoxalement, à être grande-

ment usité. Considéré au départ comme un service d'ami, le cautionnement est devenu, au fil du temps, une sûreté employée à la fois par les particuliers et par les commerçants pour garantir leurs obligations à des fins multiples³. Ce formidable succès du cautionnement⁴, qui a permis à l'institution de traverser les époques, bravant au passage de nombreuses crises⁵, s'explique par des raisons à plusieurs reprises mises en évidence par la doctrine : la sûreté est connue de tous, facile à constituer⁶, peu coûteuse et protège efficacement contre le risque d'insolvabilité du débiteur en offrant au créancier un droit d'action contre un tiers, en principe solvable, en cas de défaillance du débiteur principal⁷.

2. L'article 13 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés en date du 15 décembre 2010 définit le cautionnement comme « un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même. » A priori, au regard de cette définition, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur principal ne constitue pas pour la caution, et même pour l'institution du cautionnement, un événement exceptionnel ou inattendu. La finalité du cautionnement est de protéger le créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur et l'immobilisation de la créance, en cas de retard pris par le débiteur dans l'exécution de ses obligations⁸. L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, qui fait suite à la cessation des paiements du débiteur et

1. Selon D. Legeais, le droit du crédit comprend le droit des garanties, le droit bancaire et le droit des procédures collectives. Malgré leur isolement artificiel, ces disciplines ont de nombreux liens. En effet, c'est au moment de la fourniture de crédits que les garanties sont offertes et c'est très souvent à l'ouverture d'une procédure collective que les garanties sont mises en œuvre. V. D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, Paris, LGDJ, 6^e éd., 2008, n° 1.

2. Le cas de la propriété-garantie. V. : A. Cerles, « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *Mélanges M. Vasseur*, Paris, Banque éditeur, 2000, pp. 39 et s. ; K.M. Brou, « La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives : l'apport du traité OHADA », *RRJ*, 2001-1, pp. 273 et s. ; P. Boukar, *La Clause de réserve de propriété dans les procédures collectives d'apurement du passif*, Mémoire Master Recherches en Droit privé, FSJP Université de Ngaoundéré, année académique 2009-2010. Le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés en date du 15 décembre 2010 consacre également, dans les articles 71 et s., d'importants développements à la propriété utilisée comme garantie.

3. V. C. Mouly, « Aspects contemporains du cautionnement », *LPA*, n° 63, 27 mai 1991, pp. 10 et s. ; J.-M. Calendini, « Le point de vue du banquier sur le cautionnement », *LPA*, n° 115, 25 septembre 1991, pp. 10 et s. ; I. Bon Garcin, « Du cautionnement en matière de crédit-bail », *LPA*, n° 60, 19 mai 1993, pp. 8 et s.

4. J. Deveze, « Le cautionnement des entreprises en difficulté : brèves observations sur la loi du 10 juin 1994 », *LPA*, n° 122, 12 octobre 1994, p. 10.

5. D. Legeais, « Le cautionnement à première demande », *Mélanges M. Vasseur*, Paris, Banque éditeur, 2000, pp. 87 et s.

6. Par exemple, elle n'exige pas de formalités de publicité.

7. V. par exemple, D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., n° 38.

8. E. Bazin, « Les situations favorables et défavorables de la caution dans le cadre des procédures collectives », *Rev. Huissiers*, 1994, p. 137.

témoigne ainsi de sa défaillance, devrait donc permettre au créancier d'agir en paiement contre la caution. En d'autres termes, comme toute caution, celle d'une entreprise en difficulté devrait être poursuivie en paiement en cas de défaillance de son débiteur.

Il se trouve cependant que l'ouverture d'une procédure collective entraîne, pour le débiteur en difficulté, l'adoption de plusieurs mesures destinées à apurer son passif et dont les conséquences se font ressentir sur l'exigibilité et l'étendue de l'obligation garantie. Il en est ainsi, par exemple, des délais de paiement et des remises concordataires. Or, on sait qu'en raison du caractère accessoire du cautionnement, l'engagement de la caution est dépendant de l'obligation principale tant dans son étendue que dans son exigibilité. Selon une formule sans cesse répétée, il y a unicité de la dette mais dualité de liens d'obligation. En conséquence, la caution ne peut être tenue plus sévèrement que le débiteur principal et « tout ce qui affecte l'obligation du débiteur rejaillit sur celle de la caution »⁹. D'où la question de savoir si toutes les mesures adoptées à l'occasion d'une procédure collective et qui ont des répercussions sur le droit de poursuite du créancier contre le débiteur principal doivent être étendues à l'action du créancier contre la caution. Est-ce que, par exemple, les délais de paiement accordés au débiteur principal en difficulté devraient rejaillir sur l'action en paiement du créancier contre la caution ?

3. La réponse à cette interrogation est négative. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur principal établit la défaillance de ce dernier. À partir de ce moment, l'application du caractère accessoire du cautionnement se heurte à l'obligation de couverture de la caution. Continuer, même après la défaillance du débiteur, de faire primer le caractère accessoire du cautionnement, en étendant à la caution tous les avantages accordés au débiteur en difficulté, dénaturerait tout autant le cautionnement dont la fonction est de garantir le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur. C'est pourquoi, s'agissant de la poursuite de la caution d'une entreprise défaillante, la suspension des poursuites individuelles qui profite au débiteur principal ne peut être étendue à la caution, qui peut être, elle, immédiatement poursuivie (I.).

Mais, l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur ne prive pas la caution de tout moyen de défense, en raison de la défaillance avérée du débiteur. Contrairement au coobligé qui est tenu, conjointement ou solidairement, avec d'autres au paiement de la dette, la caution ne s'engage pas pour sa part à contribuer à la dette, mais seulement à garantir le paiement de la dette d'autrui, conformément au contrat qui le lie au créancier¹⁰. L'autonomie de ce contrat, de même que la nécessité de préserver les recours de la caution qui normalement ne doit pas supporter définitivement le poids de la dette¹¹ justifient alors l'existence d'importants tempéraments

au droit de poursuite immédiate du créancier contre la caution, lorsque s'ouvre une procédure collective contre le débiteur principal (II.).

I. DROIT DE POURSUITE IMMÉDIATE DU CRÉANCIER CONTRE LA CAUTION

4. Le droit de poursuite immédiate du créancier contre la caution est un principe fondamental des procédures collectives OHADA (A.). Sa mise en œuvre ne va cependant pas sans susciter quelques difficultés, d'où la nécessité de l'étudier (B.).

A. Le principe du droit de poursuite immédiate

5. L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens a pour effet la suspension de toutes les poursuites individuelles exercées par les créanciers, en vue de faire reconnaître ou d'obtenir le paiement de leur dû¹². La conséquence pour les créanciers est que, quand bien même leur créance serait devenue exigible, ils sont privés du droit de la réclamer au débiteur.

6. La suspension des poursuites individuelles qui constitue une mesure de faveur pour le débiteur en cessation des paiements devrait-elle être étendue à la caution, en raison du caractère accessoire du cautionnement ? La réponse devrait être négative, même si on peut regretter que le législateur OHADA ait omis de trancher la question. Il en découle que, dès l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, la caution devrait être immédiatement poursuivie¹³. Si la caution s'est engagée, c'est bien pour garantir le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur et, une fois que ce risque s'est réalisé, la caution doit être poursuivie si la créance est devenue exigible¹⁴. En d'autres termes, à partir de l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur, c'est la finalité du cautionnement et non plus son caractère accessoire qu'il convient d'invoquer. C'est pourquoi la caution est privée des mesures de faveur qui seraient accordées au débiteur en difficulté. Les créan-

12. Article 75 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

13. Cf. A. Liénard, « Le cautionnement dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *Rev. Proc. Coll.*, 1998, pp. 123 et s.

14. Il faut néanmoins souligner que la poursuite immédiate de la caution peut avoir un effet pervers, lorsque notamment le dirigeant d'une société s'était porté caution des engagements de cette dernière. En effet, craignant d'être poursuivi, le dirigeant caution hésitera de provoquer l'ouverture d'une procédure collective, ce qui parfois aura pour conséquence d'aggraver les difficultés de l'entreprise qui peut-être avait encore des chances d'être redressée. C'est ce qui justifie qu'en droit français où le redressement et la prévention des difficultés de l'entreprise sont des objectifs prioritaires des procédures collectives, la loi du 10 juin 1994 et celle du 26 juillet 2005, prenant le contre-pied de la jurisprudence qui excluait toutes les cautions du bénéfice de la suspension des poursuites individuelles, ont décidé de faire profiter aux cautions personnes physiques de la suspension des poursuites individuelles, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. V. : D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit.*, n° 253 ; M. Storck, « Cautionnement et procédures collectives », *LPA*, 20 septembre 2000, n° 188, p. 34. Telle n'est pas la solution retenue par le droit de l'OHADA, sans doute parce que dans cette législation, l'objectif premier des procédures collectives est le paiement des créanciers. Or, la réalisation satisfaisante d'un tel objectif passe par la poursuite immédiate de toutes les cautions à l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur principal.

9. V. F. Anoukaha et autres, *OHADA Sûretés*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 24.

10. V. N. Rontchevsky, « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque & Droit*, n° 105, janvier-février 2006, p. 17.

11. V. P. Crocq, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *Mélanges Ph. Malaurie, Deffrénois*, 2005, p. 175.

ciers bénéficiant d'un cautionnement se trouvent ainsi dans une situation privilégiée par rapport à ceux dont la créance est garantie par une sûreté réelle, dans la mesure où ces derniers voient leurs poursuites suspendues jusqu'à la clôture de la procédure¹⁵.

La question peut cependant se poser de savoir si les cautions simples, à qui il est reconnu le bénéfice de discussion, ne peuvent pas l'utiliser pour obtenir la suspension des poursuites dirigées contre elles. L'article 27, alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, qui reconnaît à la caution simple le bénéfice de discussion, ne tranche pas la question. Mais, logiquement, étant donné que l'ouverture d'une procédure collective arrête les poursuites individuelles des créanciers contre le débiteur principal ainsi que toute mesure d'exécution forcée, on voit difficilement comment il serait encore opportun pour la caution de se prévaloir du bénéfice de discussion puisque, même si on le lui reconnaissait, il ne produirait aucun effet. Tout ceci amène à conclure que l'ouverture d'une procédure collective prive la caution simple du bénéfice de discussion¹⁶. Il en va de même, *a fortiori*, pour les cautions solidaires¹⁷ et judiciaires qui, en toute hypothèse (même si le débiteur est *in bonis*), ne peuvent se prévaloir du bénéfice de discussion¹⁸.

7. En revanche, en cas d'ouverture d'une procédure de règlement préventif, c'est le caractère accessoire du cautionnement qui devrait primer : le débiteur n'étant pas en cessation des paiements, la suspension des poursuites individuelles qui profite au débiteur pourrait alors être étendue à la caution. Un jugement du tribunal de première instance de Douala a cependant décidé le contraire¹⁹. Selon cette juridiction, en cas de règlement préventif prononcé contre une société en difficulté, la suspension des poursuites individuelles des créanciers ainsi que les remises et délais concordataires ne profitent qu'à la société et non à la caution²⁰. Si la décision ne se justifie pas par le caractère accessoire du cautionnement, ni même par la finalité de cette institution, elle pourrait cependant s'expliquer par l'objectif prioritaire des procédures collectives OHADA d'assurer le paiement des créanciers²¹. On pourrait aussi faire valoir que la suspension des poursuites individuelles est une exception purement personnelle au débiteur et qui, de ce fait, ne profite pas à la caution.

8. Le droit de poursuite immédiate du créancier contre la caution se manifeste également lorsqu'à la clôture de la procédure au moyen d'un concordat de redressement, la caution ne peut profiter des délais accordés au débiteur.

Elle demeure donc tenue selon les termes de l'exigibilité de son engagement au moment de sa conclusion. Si la solution se justifie en ce qui concerne le concordat de redressement, la défaillance du débiteur étant d'ores et déjà avérée, elle se comprend moins au sujet du concordat de règlement. En effet, aux termes de l'article 18, alinéas 1 et 3 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, les cautions du débiteur ne peuvent se prévaloir des délais du concordat de règlement préventif, alors que la caution qui a acquitté les dettes du débiteur doit, dans l'exercice de son action en remboursement contre le débiteur, se conformer aux délais concordataires. La solution s'analyse assurément comme une dérogation au caractère accessoire du cautionnement, dans la mesure où la caution se trouve tenue plus rigoureusement que le débiteur principal, alors que ce dernier n'est pas encore en cessation des paiements.

B. La mise en œuvre du droit de poursuite immédiate

9. Bien que jouissant d'un droit de poursuite immédiate contre la caution, le créancier va cependant être confronté, au moment de l'exercer, au problème des remises faites au débiteur en difficulté (1.) et à la détermination des intérêts qu'il pourrait réclamer à la caution (2.).

1. Les remises faites au débiteur en difficulté et le sort de la caution

10. La question de l'influence des remises faites au débiteur en difficulté sur l'étendue de l'obligation de la caution est relativement complexe. Le législateur de l'OHADA a adopté sur ce problème une solution unique, qu'il s'agisse des remises consenties au débiteur dans le cadre du concordat de redressement²² ou de celles consenties dans le concordat de règlement préventif²³. Dans l'un et l'autre cas, ces remises ne profitent pas à la caution. Cette dernière se trouve alors dans une situation inconfortable, d'autant plus qu'elle aura à subir ces remises dans son recours subrogatoire contre le débiteur, alors qu'elle aura été poursuivie pour la totalité de la dette garantie.

11. La première raison qui justifie l'exclusion des cautions du bénéfice des remises consenties au débiteur en redressement judiciaire est certainement la finalité du cautionnement²⁴. La solution pourrait ensuite s'expliquer par le souci d'apurer le passif du débiteur. En effet, sachant qu'ils n'auront pas à en subir les conséquences dans leur action contre la caution, les créanciers qui bénéficient d'une telle sûreté seront disposés à consentir plus facilement et plus largement des remises de dettes au débiteur en difficulté²⁵. Enfin, les remises accordées au débiteur principal en redressement judiciaire ne profitent pas à la caution, parce qu'elles ne remplissent pas les conditions

15. F.M. Sawadogo, *OHADA Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n° 210.

16. Rapp. D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., n° 267.

17. Cf. J.-L. Coudert, « Poursuites d'une caution solidaire d'un débiteur en redressement judiciaire », *LPA*, n° 154, 24 décembre 1993, p. 18.

18. Article 27, alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

19. Ord. n° 251 du 29 juin 2006, *Omais Kassim c/ La Société SDV Cameroun SA*, note J. Gatsi et Willy James Ngoué, *ohada.com*, *Ohadata* J-07-81.

20. On peut d'ailleurs regretter que le juge ait évoqué, entre autres fondements juridiques de sa décision, l'article 93 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives, alors que ce texte traite du redressement judiciaire.

21. V. F.M. Sawadogo, *OHADA Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 5 et s. ; Ph. Tiger, « Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé de l'OHADA », *LPA*, n° 205, 13 octobre 2004, p. 40.

22. Article 134, alinéa 5 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives.

23. Article 18, alinéa 5 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives ; ord. n° 251 du 29 juin 2006, *Omais Kassim c/ La Société SDV Cameroun SA*, op. cit.

24. Sur la finalité du cautionnement, lire *supra* n° 3 et n° 6.

25. V. J.-L. Courtier, « Le sort de la caution solidaire et le plan de continuation de l'entreprise », *LPA*, n° 67, 4 juin 1993, p. 28.

de l'article 1287, alinéa 1^{er} du Code civil²⁶. Ces remises peuvent peut-être être volontaires, mais elles ne sont pas toujours conventionnelles²⁷. En effet, la formation du concordat s'obtient à l'issue du vote par la majorité en nombre des créanciers admis définitivement ou provisoirement, représentant au moins la moitié du total des créances²⁸, suivi de l'homologation par la juridiction compétente.

12. En ce qui concerne les remises consenties au débiteur dans le cadre du règlement préventif, il paraît plus logique de les étendre à la caution²⁹. D'une part, on peut observer que ces remises ont à la base une nature conventionnelle, car elles requièrent un accord entre le débiteur et chacun des créanciers. Certes, ces remises font par la suite l'objet d'une homologation par la juridiction compétente, mais, ce faisant, la juridiction compétente ne peut les modifier³⁰. Les remises consenties au débiteur en règlement préventif devraient donc, conformément à l'article 1287, alinéa 1^{er} du Code civil, entraîner la libération de la caution. D'autre part, l'ouverture d'une procédure de règlement préventif ne témoigne pas de la défaillance du débiteur. Le risque que la caution s'est engagée à garantir ne s'est pas encore réalisé. Il serait alors plus juste de préserver le caractère accessoire du cautionnement en étendant à la caution les remises de dettes accordées au débiteur principal³¹. Au regard de ce qui précède, l'article 18, alinéa 3 de l'Acte uniforme OHADA relatif aux procédures collectives qui prive la caution du bénéfice des remises concordataires, en cas de règlement préventif, s'analyse volontiers comme une dérogation législative au caractère accessoire du cautionnement, ce qui, au bout du compte, empêche à la caution de jouir d'un avantage que lui aurait normalement procuré l'institution du cautionnement. Cette dérogation au caractère accessoire du cautionnement pourrait se justifier, comme bien d'autres, par le but affirmé des procédures collectives OHADA de favoriser au premier chef le paiement des créanciers. Les cautions sont appelées à contribuer à l'atteinte de cet objectif en consentant des sacrifices sur des avantages que leur confère habituellement le cautionnement.

2. L'arrêt du cours des intérêts et le sort de la caution

13. Traditionnellement, le jugement d'ouverture d'une procédure collective a pour effet d'arrêter le cours des intérêts. Pour la doctrine, l'arrêt du cours des intérêts s'explique d'abord pour des raisons psychologiques, car

« il n'est pas raisonnable de réclamer les intérêts là où le recouvrement du capital est compromis »³². Ensuite, la règle s'analyse comme une mesure de simplification, puisqu'elle permet de fixer le montant de toutes les créances au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective, ce qui évite d'être confronté à des calculs complexes dans la mesure où la date de paiement est très souvent indéterminable à l'avance³³.

La règle de l'arrêt du cours des intérêts est propre aux situations dans lesquelles le débiteur est en cessation des paiements. Elle est donc insusceptible de s'appliquer en cas de règlement préventif. C'est pourquoi l'article 10 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures collectives dispose, au sujet de la décision d'ouverture du règlement préventif, que, « sauf remise par les créanciers, les intérêts légaux ou conventionnels ainsi que les intérêts moratoires et les majorations continuent à courir mais ne sont pas exigibles ».

14. L'article 77 de l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives précise que l'arrêt du cours des intérêts se produit seulement à l'égard de la masse, peu importe que la créance en cause soit garantie par une sûreté ou non. Les intérêts continuent en revanche à courir à l'égard du débiteur à qui ils peuvent être réclamés à la clôture de la procédure, en cas de retour à meilleure fortune. Les intérêts continuent également de courir à l'égard des codébiteurs et de la caution auxquels ils peuvent être réclamés à tout moment³⁴. Le débiteur, les codébiteurs et les cautions peuvent alors être tenus des intérêts courus postérieurement au jugement d'ouverture.

S'agissant particulièrement des cautions, deux précisions méritent d'être faites. D'une part, les cautions peuvent faire échec à la continuation du cours des intérêts à leur égard, en refusant dans le contrat de cautionnement d'étendre leur garantie aux intérêts de la dette³⁵. D'autre part, la continuation du cours des intérêts ne constitue guère, en droit OHADA, une exception au caractère accessoire du cautionnement, car les intérêts continuent aussi de courir à l'égard du débiteur. Mais, il y a cependant une différence entre les intérêts dus par le débiteur et ceux dus par la caution : les premiers ne peuvent, à cause de la suspension des poursuites individuelles, être réclamés qu'à la clôture de la procédure et en cas de retour à meilleure fortune ; les seconds, en revanche, peuvent être réclamés à tout moment. L'explication de ce décalage se trouve dans le fait que la défaillance du débiteur principal prive la caution des avantages qui pourraient être accordés à ce dernier dans le cadre des procédures collectives. Il s'agit en d'autres termes, de la prééminence de la finalité du cautionnement lorsque se réalise le risque que la caution s'est obligée à garantir.

26. Cet article dispose que : « La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions. »

27. Cf. C. Boulez, « La caution solidaire et le redressement judiciaire du débiteur principal : incidence des remises prévues au plan de continuation de l'entreprise », *Gaz. Pal.*, 9-11 janvier 1994, *Doctr.*, pp. 2 et s.

28. Il s'agit donc d'une double majorité, à la fois en nombre des créanciers et en montant des créances. V. F.M. Sawadogo, *OHADA Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 283.

29. Cf. M. Jeantin, *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 1995, n° 497.

30. F.M. Sawadogo, *op. cit.*, n° 78 et 79.

31. V. aussi E. Nsié, « Les remises de dettes consenties aux débiteurs en difficultés », *Rev. des procédures collectives*, 1998-2, pp. 150 et s.

32. F.M. Sawadogo, *Commentaire de l'acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif*, in *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, *Juriscopes*, 3^e éd., 2008, p. 957.

33. Y. Guyon, *Droit des affaires. Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire. Faillite*, Paris, Economica, 4^e éd., 1993, n° 1242.

34. F.M. Sawadogo, *OHADA Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 271.

35. Article 18 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

II. TEMPÉRAMEMENTS AU DROIT DE POURSUITE IMMÉDIATE DU CRÉANCIER CONTRE LA CAUTION

15. La poursuite de la caution suppose en général que deux conditions soient réunies : la défaillance du débiteur principal³⁶ et l'exigibilité de l'obligation de la caution. Si l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens réalise la première condition, il n'en va pas de même de la seconde. Or, même si le débiteur fait l'objet d'une procédure collective, le droit de poursuite immédiate du créancier est différé tant que l'obligation de la caution n'est pas exigible. D'où la nécessité de faire des précisions sur la détermination de l'exigibilité de l'obligation de la caution lorsque s'ouvre une procédure collective contre le débiteur (A). Par ailleurs, malgré l'ouverture d'une procédure collective qui lui donne en principe le droit de poursuivre immédiatement la caution, le créancier doit toujours se rappeler qu'il est contractuellement lié à la caution. Tout comportement fautif de sa part dans l'exécution de ce contrat est donc susceptible de déteindre sur son droit de poursuite immédiate (B).

A. L'exigibilité de l'obligation de la caution en cas d'ouverture d'une procédure collective

16. Selon l'article 76 de l'Acte uniforme OHADA relatif aux procédures collectives, « la décision d'ouverture ne rend exigibles les dettes non échues qu'en cas de liquidation des biens et à l'égard du débiteur seulement ». Il ressort de ce texte que la déchéance du terme, en cas d'ouverture d'une procédure collective, n'a lieu qu'en cas de liquidation des biens et à l'égard du débiteur seulement. En ce qui concerne le redressement judiciaire, celui-ci a pour effet le maintien du terme à l'égard du débiteur. L'exclusion de la déchéance du terme en cas de redressement judiciaire se justifie par la situation de l'entreprise qui peut encore être sauvée. L'exigibilité immédiate des créances à terme apparaîtrait, dans un tel contexte, comme une mesure nocive au redressement de l'entreprise.

17. Lorsqu'elle a lieu, notamment en cas de liquidation des biens, la déchéance du terme se limite au débiteur et ne concerne pas les cautions. C'est ce que confirme l'article 23, alinéa 4 de l'Acte uniforme OHADA relatif aux sûretés en ces termes : « [...] la déchéance du terme accordée 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. » La solution est aussi celle retenue par le droit français. Mais, elle s'en distingue, dans la mesure où elle prévaut « nonobstant toute clause contraire »³⁷.

La non-extension de la déchéance du terme qui frappe le débiteur à la caution peut paraître en rupture avec le

caractère accessoire du cautionnement. En effet, en raison du caractère accessoire du cautionnement, l'obligation de la caution est exigible à partir du moment où celle du débiteur l'est³⁸. De plus, il semble aller de soi que le maintien du terme à l'égard de la caution, alors qu'il est déchu pour le débiteur, ne cadre pas avec la finalité du cautionnement, qui est de garantir le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur. Le maintien du terme envers la caution pourrait s'expliquer par la force obligatoire du contrat. Il faut rappeler à ce sujet que, malgré son caractère accessoire, le contrat de cautionnement forme un contrat indépendant du contrat principal qui lie le débiteur au créancier. Il est donc logique que la volonté des parties y soit respectée et sauvegardée et, notamment, que la caution demeure tenue à la manière initialement prévue. Mais, si la force obligatoire du contrat constituait la véritable explication, le législateur aurait certainement permis que, par une clause contraire, les parties puissent étendre la déchéance du terme qui frappe le débiteur à la caution. Or, tel n'est pas le cas. En définitive, il semble plus pertinent de voir le maintien du terme envers la caution, alors que le débiteur en est déchu, comme une dérogation de la loi au caractère accessoire du cautionnement, ce qui assez paradoxalement constitue au final une mesure de faveur pour la caution.

18. En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, le maintien du terme envers le débiteur doit également être étendu à la caution. La solution s'explique par le caractère accessoire du cautionnement : la caution ne saurait être tenue plus sévèrement que le débiteur, et précisément, la caution ne peut être tenue que dans les limites de l'exigibilité de l'engagement du débiteur principal. La défaillance du débiteur étant d'ores et déjà avérée, il s'agit là d'une application exceptionnelle du caractère accessoire du cautionnement au détriment de sa finalité. Il en résulte que, dans son recours contre la caution et contre le débiteur, le créancier doit s'en tenir à l'échéance initialement convenue, même si celle-ci est postérieure au jugement d'ouverture³⁹.

B. Le comportement fautif du créancier

19. Plusieurs comportements fautifs peuvent annihiler ou amoindrir le droit de poursuite immédiate du créancier contre la caution. Il s'agit du défaut de production du créancier avant la poursuite de la caution (1.), de la faute du créancier dispensateur de crédit (3.) et du bénéfice de subrogation (2.).

1. Le défaut de production du créancier avant la poursuite de la caution

20. L'admission effective des créanciers dans la masse suppose que ces derniers aient produit leurs créances. La production est une déclaration faite au syndic par le créancier d'un débiteur soumis à une procédure de

36. Article 23, alinéas 1 et 2 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

37. Article 23, alinéa 4 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés. V. aussi B. Martor, « Comparaison de deux sûretés personnelles : cautionnement et lettre de garantie », *JCP-Cahiers de Droit de l'Entreprise*, n° 5, 2004, p. 24 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., n° 258.

38. M. Storck, « Cautionnement et procédures collectives », *LPA*, n° 188, 20 septembre 2000, p. 34.

39. Ph. Delebecq, « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », *JCP*, 1986, éd. N, p. 190.

redressement judiciaire ou de liquidation des biens et qui, autant qu'elle rapporte la preuve de l'existence de la créance, en indique le montant.

21. À défaut de production dans les délais⁴⁰, la sanction est la forclusion. Les créanciers forclos ne peuvent plus, sauf relevé de forclusion, produire. L'incidence de la forclusion sur l'existence de la créance diffère cependant selon que la procédure ouverte est celle du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

Si c'est la procédure de liquidation des biens qui est ouverte, la créance non produite n'est pas pour autant éteinte⁴¹. Ainsi, le créancier, même forclos, pourra réclamer sa créance au débiteur à la clôture de la procédure.

Quelle serait alors l'incidence de la survivance de la créance, faute de production, sur la situation de la caution? En l'absence de jurisprudence établie sur la question, tout porte à croire que, dans la mesure où le défaut de production n'entraîne pas extinction de la créance, le débiteur reste tenu, et par voie de conséquence la caution. Ce serait là une application du caractère accessoire du cautionnement. De la sorte, en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens, le créancier conserverait son droit de poursuite contre la caution, même s'il a omis de produire. Et, contrairement au débiteur qui bénéficie de la suspension des poursuites individuelles, la caution pourra être poursuivie immédiatement. Du coup, le droit de poursuite immédiate du créancier contre la caution apparaît un peu sévère, dans la mesure où le créancier a commis une faute qui aurait pu profiter à la caution. **Difficile cependant de faire autrement: la loi ayant décidé de ne pas faire profiter au débiteur du comportement fautif du créancier par l'extinction de la créance, il serait anormal que la caution qui est un débiteur accessoire en bénéficie.**

En revanche, en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, la forclusion éteint les créances, de telle sorte que, même après le vote du concordat, le créancier ne peut réclamer sa créance contre le débiteur. Il n'est dérogé à la règle que si le concordat a prévu une clause de retour à meilleure fortune. Par cette clause, le débiteur s'engage à régler toutes ses créances, même celles frappées de forclusion, si sa situation patrimoniale connaît une évolution favorable.

Toute la question est alors de savoir si l'extinction de la créance, faute de production, qui profite au débiteur en cas de redressement judiciaire devrait également bénéficier à la caution. La réponse à cette interrogation devrait être affirmative. On peut à cet égard évoquer l'article 29, alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme sur les sûretés qui dispose clairement 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 [...] ». Poursuivie en paiement par le créancier, alors que ce dernier a omis de produire, il revient alors à la caution de lui opposer l'exception d'extinction de la créance principale. Au plan théorique, la solution se justifie par le souci de protéger la caution contre les agissements fautifs du créancier. Comme l'affirme justement un auteur, si le créancier ne produit pas, l'extinction de la créance qui en résulte a pour corollaire d'anéantir le recours subrogatoire de la caution. En effet, la caution qui est subrogée aux droits du créancier se trouvera dans la même situation que ce dernier et ne pourra donc exercer son recours contre le débiteur⁴². Or, l'une des causes de l'engagement de la caution (et qui justifie par ailleurs le caractère accessoire du cautionnement) est indubitablement l'espoir de ne pas supporter définitivement le poids de la dette en sa qualité de débiteur de second rang. Il serait d'ailleurs bienvenu, dans l'optique d'un renforcement de la protection de la caution, que le droit de poursuite du créancier contre la caution soit suspendu jusqu'à l'admission effective des créances dans la masse. On éviterait ainsi que la caution poursuivie acquitte une dette qui par la suite sera éteinte faute de production, rendant du même coup son recours subrogatoire illusoire. À l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, le créancier aurait donc tout intérêt à produire au passif s'il veut conserver son droit de poursuite immédiate contre la caution. Mais en attendant qu'une telle évolution ait effectivement lieu, la caution devrait redoubler de vigilance afin d'éviter d'acquitter une dette éteinte parce que non produite par le créancier.

2. Le bénéfice de subrogation

22. Le bénéfice de subrogation est réglementé en droit OHADA par l'article 29, alinéa 2 de l'Acte uniforme sur les sûretés⁴³. Il constitue une cause d'extinction à titre principal du cautionnement mais qui est sans incidence sur l'obligation garantie. S'il est admis par le juge, le bénéfice de subrogation a donc pour effet de libérer la caution⁴⁴.

Poursuivie par le créancier, toute caution, simple ou solidaire, est fondée à opposer à ce dernier, si les conditions sont réunies, le bénéfice de subrogation⁴⁵. En droit français, le bénéfice de subrogation est même devenu l'un des moyens de défense les plus fréquemment utilisés par les cautions⁴⁶. On parle de bénéfice de subrogation ou de bénéfice de cession d'actions lorsque, par son fait, le créancier empêche la caution d'être subrogée dans ses droits et garanties. À cause de la faute du créancier, la caution qui exerce son recours subrogatoire ne peut se prévaloir des sûretés et privilèges dont était titulaire le créancier et qui lui conféraient un avantage

40. Le créancier qui entend produire peut le faire à partir de la décision d'ouverture. Mais, il ne peut plus le faire à l'expiration d'un délai de 30 jours suivant la deuxième insertion de la décision d'ouverture dans un journal d'annonces légales ou suivant l'insertion de la même décision au JO. Ce délai est porté à 60 jours pour les créanciers qui sont domiciliés hors du territoire national dans lequel la procédure collective a été ouverte.

41. C'est ce qu'on peut tirer de l'article 83, alinéa 2 de l'Acte uniforme sur les procédures collectives qui confère à la forclusion un effet extinctif de la créance uniquement en cas de redressement judiciaire.

42. A. Liénard, « Le cautionnement dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires », *Revue des procédures collectives*, 1988, p. 142.

43. Ce texte dispose que « 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 ».

44. Anoukaha et autres, OHADA Sûretés, op. cit., n° 102 et s.

45. Concrètement, l'exception de bénéfice de subrogation permet à la caution poursuivie de bloquer l'action en paiement dirigée contre elle.

46. D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, op. cit., n° 277.

certain pour le recouvrement de sa créance⁴⁷. Dans le bénéfice de subrogation, ce qui est sanctionné, c'est le manquement du créancier à son obligation de bonne foi ou encore son égoïsme⁴⁸. Le bénéfice de subrogation sert ainsi à « instiller un brin de bilatéralisme dans les arcanes de ce contrat unilatéral qu'est le cautionnement »⁴⁹. Le bénéfice de subrogation est une règle impérative. Elle ne peut donc pas être écartée par une clause contraire.

23. La mise en œuvre du bénéfice de subrogation suppose que deux conditions soient remplies, si l'on s'en tient à l'article 29, alinéa 2 de l'Acte uniforme sur les sûretés. En premier lieu, la caution doit avoir été privée d'un droit ou d'une garantie qui appartenait au créancier et qui, par subrogation, lui aurait procuré un avantage susceptible d'accroître ses chances de recouvrement⁵⁰. En deuxième lieu, la perte du droit ou de la garantie doit être due à un fait du créancier. En droit français, on a observé un glissement du fait du créancier à la faute du créancier⁵¹. De cette faute causée par un fait (sans doute quelconque), la jurisprudence a eu une conception très large. Aussi admet-elle comme faits constitutifs de faute, non seulement des comportements positifs, mais aussi des actions négatives (abstentions), à condition qu'il s'agisse de faits exclusifs du créancier⁵². Tout ceci concourt bien évidemment à renforcer la protection de la caution. Le créancier n'a toutefois à préserver les sûretés et garanties que dans la mesure où il n'a pas à en souffrir⁵³. À ces deux conditions, la jurisprudence française en ajoute une troisième, à savoir que la caution doit avoir subi un préjudice⁵⁴. La caution se trouve alors libérée à concurrence de la valeur des droits qui pouvaient lui être transmis par subrogation et dont elle a été privée par le fait du créancier⁵⁵. Par ailleurs, le bénéfice de subrogation est une exception qui doit être invoquée par la caution avant paiement. La Cour de cassation française a par exemple cassé une décision qui avait accordé le bénéfice de cession d'actions à une caution solvens qui assignait le créancier en remboursement d'une somme versée⁵⁶.

24. En droit français, on a déjà assisté à plusieurs reprises à l'application du bénéfice de subrogation dans le cadre des procédures collectives. La Cour de cassation a ainsi décidé que la caution est déchargée lorsque, le

créancier n'ayant pas fait valoir en temps utile sa réserve de propriété, la caution ne peut y être subrogée⁵⁷. Dans le même sens, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 14 février 1995 relatif au crédit-bail affirme que « la caution d'un crédit-preneur mis en liquidation judiciaire peut être déchargée de son obligation si le crédit-bailleur n'a pas revendiqué les matériels entre les mains du mandataire-liquidateur, ce qui a eu pour résultat de la priver d'être subrogée dans un droit pouvant lui profiter⁵⁸. »

3. La faute du créancier fournisseur de crédit

25. La caution peut s'opposer à l'action en paiement du créancier lorsque ce dernier, dispensateur de crédit, a contribué aux difficultés du débiteur en commettant un certain nombre de fautes.

La caution peut d'abord invoquer le soutien abusif du créancier⁵⁹. Dans ce cas, la caution considère que l'établissement financier a été négligent et a fourni de manière incontrôlée du crédit au débiteur, car il savait qu'en cas de faillite de ce dernier, il pourrait se retourner contre elle. Il y a là un manquement au devoir de loyauté dans l'exécution des obligations contractuelles. Le soutien abusif peut aussi s'analyser comme un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi. Il en est ainsi lorsqu'un établissement bancaire maintient ses concours envers une entreprise défaillante⁶⁰, ce qui a pour effet de créer une illusion de prospérité susceptible de déterminer les tiers et notamment les cautions à se porter garants des engagements de ladite entreprise. En d'autres termes, si la banque avait cessé d'accorder les crédits, le client serait déjà en faillite et la caution ne se serait jamais engagée envers le créancier⁶¹. Le banquier qui obtient l'engagement de la caution dans ces conditions est coupable de dol⁶² ou de mauvaise foi, car il savait que la caution n'aurait presque pas de chance de recouvrer les sommes qu'elle lui aura versées, en cas de défaillance du débiteur principal⁶³. La Cour de cassation a par exemple décidé que : « Dès lors que la banque savait que la situation de son débiteur était lourdement obérée au moment où le cautionnement a été consenti et qu'elle a omis de révéler à la caution, par réticence dolosive, la banque engage sa responsabilité pour avoir ainsi manqué à son obligation de contracter de bonne foi⁶⁴. »

Que le soutien abusif s'analyse en un manquement à l'obligation de contracter de bonne foi ou en celui d'une exécution de mauvaise foi, la responsabilité de la banque est plus facilement retenue lorsqu'il s'agit de cautions

47. V. aussi D. Vidal, « Les causes de décharge de la caution par le fait du créancier », *Droit et Patrimoine*, juin 1996, p. 50.

48. R. Marty, « Cautionnement et comportement du créancier », *JCP*, éd. Entreprise et affaires, n° 37, 13 sept. 2007, n° 18 et 22 ; A.-S. Cadart, *Le Cautionnement dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires*, Mémoire DEA de Droit privé, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de l'Université de Lille II, 1998, p. 16.

49. D. Houtcieff, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », *RTD civ.*, avril-juin 2006, n° 12.

50. M. Storck, « Cautionnement et procédures collectives », *op. cit.*, p. 38.

51. Cass. Com. 2 avril 1996, D. 1996, Somm. 268, obs. L. Aynès.

52. C'est ainsi que la caution ne peut invoquer le bénéfice de subrogation si la perte de l'avantage est due à un fait exclusif du débiteur, à des circonstances de fait ou à un fait de la caution associé à un comportement fautif du créancier. V. D. Vidal, *op. cit.*, pp. 52 et s.

53. D. Houtcieff, *op. cit.*, n° 19 et s.

54. D. Legeais, *op. cit.*, n° 278.

55. Cass. civ. 1^{re}, 15 déc. 1998, *JCP* 1999, IV. 1230 ; article 29, alinéa 3 de l'Acte uniforme relatif aux sûretés.

56. Cass. Com. 10 oct. 1995, n° 1611, *Crédit mutuel*, cité par D. Vidal, *op. cit.*, p. 50.

57. Cass. com. 11 juillet 1988, *Bull. civ.*, IV, n° 237.

58. *Bull. civ.*, n° 41, p. 34.

59. Cf. A. Tientcheu Njiako, « La responsabilité du banquier pour crédit abusif (une étude de la jurisprudence camerounaise et française) », *Cahiers juridiques et politiques*, n° 1, 2008, pp. 52 et s.

60. V. J.M. Nyama, *Droit bancaire et de la microfinance en zone CEMAC*, vol. 1, Yaoundé, éd. Cerfod, 2006, n° 241.

61. S. Souop, « La responsabilité du banquier dispensateur du crédit », *Lex Lata*, n° 001, 6 octobre 1994, p. 9.

62. Y. Kalieu Elongo, *Les Sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, Yaoundé, PUA, coll. Vade-mecum, 2006, pp. 21-22.

63. D. Legeais, « L'obligation de conseil des établissements de crédit à l'égard des emprunteurs et des cautions », *Mélanges AEDBF*, 1999, pp. 266-267.

64. Cass. Civ. 14 novembre 1995 : *Joly* 1996. 121, obs. Ph. Delebecque ; *Banque*, 1996, 90, obs. J.-L. Guillot.

étrangères à l'entreprise financée que lorsqu'il s'agit de dirigeants cautions qui étaient supposés connaître la situation réelle de l'entreprise⁶⁵. La responsabilité du banquier est aussi difficilement retenue lorsque la caution victime était une caution professionnelle qui aurait dû normalement se renseigner sur la situation financière du débiteur avant de s'engager⁶⁶.

La caution peut ensuite estimer que la participation du créancier aux difficultés du débiteur s'est faite par une rupture abusive du crédit.

En droit camerounais tout comme en droit français, l'appréciation de la rupture abusive varie selon que les concours bancaires étaient à durée indéterminée ou à durée déterminée⁶⁷. Dans le cas d'un crédit à durée indéterminée, la rupture est abusive si elle n'a pas été précédée d'un préavis dont la durée est fixée lors de l'octroi des concours⁶⁸. Dans l'hypothèse de crédit à durée déterminée, la rupture est abusive si elle intervient avant le terme initialement convenu. Dans un cas comme dans l'autre, la rupture intervenue dans les conditions précédemment décrites n'est pas abusive en cas de comportement gravement répréhensible du débiteur, ou si ce dernier se trouvait dans une situation irrémédiablement compromise.

26. Pour obtenir gain de cause, la caution doit premièrement démontrer la relation causale, c'est-à-dire non seulement le caractère abusif de la rupture ou du maintien du crédit, mais aussi que c'est cette rupture ou ce maintien qui ont causé le dépôt de bilan du débiteur. Ensuite, la caution doit démontrer le préjudice. Ce dernier résulte, non pas du fait de devoir payer, puisque telle est la finalité de son engagement, mais plutôt dans la perte d'une chance « de ne pas être inquiétée, de payer moins ou d'exercer avec succès un recours contre le débiteur »⁶⁹. Agissant en réparation d'un préjudice personnel, l'action en responsabilité de la caution contre le créancier a une nature délictuelle.

Il peut cependant arriver que l'action en responsabilité de la caution contre le créancier ait plutôt une nature contractuelle. Il en est ainsi si la caution se prévaut d'un préjudice causé au débiteur. Cette possibilité offerte à la caution se justifie par le caractère accessoire du cautionnement. En effet, de même qu'elle peut se prévaloir des causes de nullité ou de résiliation de la convention principale pour se libérer, la caution peut aussi se prévaloir de la faute du créancier à l'égard du débiteur, car en cas de condamnation à des dommages-intérêts prononcée contre le créancier, la réduction de la dette prin-

cipale qui en résulte devrait profiter à la caution⁷⁰. Il est ainsi clairement établi en droit français que la caution peut se prévaloir, en vertu du caractère accessoire de son engagement, du manquement du banquier à son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur⁷¹.

27. La responsabilité du banquier entraîne certainement une compensation judiciaire entre les dommages-intérêts obtenus et la somme pour le paiement de laquelle la caution a été condamnée. En d'autres termes, les dommages-intérêts que le créancier sera condamné à verser au débiteur ou à la caution viendront en déduction des sommes dues par cette dernière, ce qui entraîne l'extinction totale ou partielle de son obligation de règlement. Tout ceci explique pourquoi, en droit français, la Cour de cassation a pendant longtemps imposé à la caution qui souhaitait agir contre le banquier fautif de le faire au moyen d'une demande reconventionnelle⁷², et non à titre d'exception pour se soustraire à l'exécution de l'obligation qu'elle a souscrite⁷³. Mais, par la suite, opérant un rapprochement avec le bénéfice de subrogation, la Cour de cassation a admis que la caution puisse également agir par voie de défense au fond⁷⁴. Elle sollicite alors du juge d'être déchargée entièrement ou partiellement de son engagement. Le rapprochement entre le régime procédural du bénéfice de subrogation et de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit se justifie certainement par le fait qu'au fond, les deux institutions sanctionnent des attitudes fautives et non fondamentalement différentes du créancier. Dans le bénéfice de subrogation comme en cas de faute du banquier, le comportement du créancier compromet sérieusement les chances de la caution d'obtenir remboursement auprès du débiteur. La seule différence, comme l'a relevé un auteur, c'est que dans le bénéfice de subrogation, la caution se plaint de l'atteinte à une sûreté ou à une garantie, alors que dans le cadre d'un octroi abusif ou d'une rupture abusive de crédit, elle se plaint d'une atteinte à son droit de gage général⁷⁵. Le rapprochement procédural du bénéfice de subrogation et de la responsabilité du créancier dispensateur de crédit opéré en droit français pourrait donc être repris par les juridictions des pays de l'OHADA.

65. V. B. Legros, « La protection jurisprudentielle du dirigeant social caution », *Revue des Sociétés*, n° 2, 1998, pp. 5 et s.; D. Vidal, *op. cit.*, p. 54.

66. P. Nkou Mvondo, « L'information de la caution dans le nouveau droit des sûretés des Etats africains », *ohada.com*, Ohadata D-6-33, n° 26.

67. V. par exemple: J.M. Nyama, *op. cit.*, pp. 225 et s.; D. Legeais, *Sûreté et garanties du crédit*, *op. cit.*, n° 292.

68. Au Cameroun, si le délai de préavis n'a pas été fixé lors de l'octroi des concours, on se réfère aux usages. Et selon les usages bancaires, le délai de préavis est de 30 jours pour les crédits d'escompte et de 60 jours pour les autres formes de crédit. V. J.M. Nyama, *op. cit.*, p. 227.

69. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Les sûretés La publicité foncière*, Paris, éd. Cujas, 1994, n° 297. V. aussi F.-J. Crédot, « La relation causale et le préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaires », *Mélanges M. Vasseur*, *op. cit.*, pp. 61 et s.

70. V. aussi D. Legeais, « La faute du créancier, moyen de défense de la caution poursuivie », *LPA*, n° 28, 5 mars 1997, pp. 4 et s.

71. D. Legeais, « L'obligation de conseil des établissements de crédit à l'égard des emprunteurs et des cautions », *op. cit.*, p. 266.

72. Cass. Com. 16 mars 1993: D. 1993, somm. 324, obs. L. Aynès; *Dr. Sociétés* 1993, n° 109, note T. Bonneau.

73. D. Vidal, « Les causes de décharge de la caution par le fait du créancier », *Droit et Patrimoine*, juin 1996, p. 54.

74. Cass. Com. 26 oct. 1999, D. 2000, somm. 212, obs. M.N. Jobard-Bachelier; Cass. Com. 26 avril 2000, *JCP E* 2000, 967; Cass. 1^{re} civ., 4 oct. 2000, *Banque & Droit*, mars-avril 2001, p. 45, obs. F.J.; Cass. Ch. mixte, 21 fév. 2003, *JCP G* 2003, 10103, note F. Boucard.

75. D. Houtcieff, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », *op. cit.*, n° 11.

III. CONCLUSION

28. Alors qu'on assiste au déclin des sûretés réelles traditionnelles⁷⁶, lorsque s'ouvre une procédure collective contre le débiteur, le cautionnement continue pour sa part d'offrir au créancier d'un débiteur en difficulté des chances réelles de paiement⁷⁷. Cela est rendu possible essentiellement grâce à la mise à l'écart du caractère accessoire du cautionnement au profit de sa finalité lorsque s'ouvre une procédure collective contre le débiteur. Logiquement, cette situation devrait se rencontrer seulement aux cas d'ouverture d'une procédure collective *stricto sensu*, c'est-à-dire en cas redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Malheureusement, on observe que le législateur et la jurisprudence l'étendent parfois au règlement préventif, ce qui conduit à une protection excessive des créanciers. Par ailleurs, on remarque que, malgré l'ouverture d'une procédure collective *stricto sensu*, la caution en arrive à invoquer le caractère accessoire de son engagement pour se soustraire à l'exécution de ses obligations⁷⁸ ! Il s'agit là, pour ceux qui pouvaient encore en douter, de la preuve de ce que le caractère accessoire est bien de l'essence du cau-

tionnement. Comme l'affirme un auteur : « Tous les cautionnements sont accessoires et dans toutes les situations⁷⁹. » Sinon, on ne comprendrait pas que, « dans le cadre des procédures collectives, où pourtant la logique des sûretés devrait emporter plein paiement par la caution, engagée pour pallier la défaillance du débiteur »⁸⁰, on en arrive à faire prévaloir le caractère accessoire du cautionnement pour obtenir la libération de la caution. Or, en permettant l'invocation du caractère accessoire du cautionnement pour obtenir la libération de la caution à l'ouverture d'une procédure collective, le droit OHADA limite l'efficacité de la garantie due au créancier. De plus, le législateur (et la jurisprudence pour l'instant) n'ayant pas réglé avec précision les situations dans lesquelles le caractère accessoire du cautionnement doit prévaloir sur sa finalité à l'ouverture d'une procédure collective, la caution poursuivie tout comme le créancier ne savent pas toujours à l'avance le sort qui leur sera réservé, d'où l'existence d'une certaine insécurité juridique. N'est-ce pas la preuve que, gardant les séquelles de ses origines⁸¹, le cautionnement serait inadapté à la vie des affaires, ce qui justifierait la recherche de garanties alternatives ?⁸² La question mérite d'être sérieusement examinée. ■

76. Y. Kalieu, « Réflexions sur les nouveaux attributs du droit de propriété : à propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, t.1, vol.1, p. 194.

77. M.J. Campana, « Le cautionnement et l'entreprise en difficulté », *Gaz. Pal.*, 25 octobre 1986, *Doctr.*, pp. 717-718 ; Ph. Delebecque, « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », *op. cit.*, pp. 185 et s.

78. Malgré l'objectif clairement affirmé des procédures collectives OHADA de favoriser prioritairement le paiement des créanciers.

79. C. Mouly, « Aspects contemporains du cautionnement », *op. cit.*, p. 14.

80. *Ibid.*

81. Il faut rappeler qu'au départ, le cautionnement était un service d'amis, limité dans les rapports entre particuliers.

82. D. Legeais, « Le cautionnement à première demande », *op. cit.*, pp. 87 et s. ; J. Deveze, « Aux frontières du cautionnement : lettres d'intention et garanties indépendantes », *LPA*, n° 79, 3 juillet 1991, pp. 26 et s.