

L'admission de la compensation en droit des procédures collectives OHADA Vers un possible entrave au principe de l'égalité des créanciers ?

Princesse De Christ KOUNDE EBENE

Docteure en droit privé

Faculté des sciences juridiques et politiques - Université de Dschang

Synthia Pamela DOUNKING AMFOUO

Docteure en droit privé

Faculté des sciences juridiques et politiques - Université de Dschang

Résumé

Le sujet semble provocateur, car rien ne semble *a priori* rapprocher la compensation et le principe d'égalité des créanciers en droit des procédures collectives. En effet, alors que la compensation vise une protection de la vulnérabilité d'une partie, en remplaçant l'une des obligations par une autre, réalisant de ce fait une satisfaction indirecte des créanciers, le principe de l'égalité entre les créanciers aménage plutôt la répartition juste des actifs d'un débiteur impécunieux. C'est la raison pour laquelle l'admission de la compensation en droit des procédures collectives est très souvent controversée. En réalité, la reconnaissance du mécanisme compensatoire soulève d'innombrables critiques notamment, une fragilité du principe de l'égalité entre créanciers. Mais, à l'analyse, force est de constater que, l'admission de la compensation en droit des procédures collectives laisse subsister le principe de l'égalité entre les créanciers bien que cette égalité se trouve fortement affaiblie.

Introduction

Principe essentiel du droit des procédures collectives¹, le principe de l'égalité des créanciers dans les procédures est au cœur de plusieurs débats doctrinaux². Certes le

principe d'égalité n'est pas exprimé *expressis verbis*, dans le texte légal³. Néanmoins, la doctrine s'accorde pour reconnaître qu'il s'agit non seulement de la pierre angulaire de toute procédure qui se veut collective⁴, mais

¹ Les procédures collectives s'opposent aux voies d'exécution individuelles, c'est un terme générique désignant toute procédure dans laquelle le règlement des dettes et la liquidation éventuelles des biens du débiteur, ne sont pas abandonnés à l'initiative individuelle de chaque créancier, mais organisés de manière que tous les créanciers puissent faire valoir leurs droits. Voir G. CORNU., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 9^{ème} éd. 2011, p. 189.

² Une bonne partie de la doctrine s'accorde sur le fait que ce principe est un mythe, comme l'égalité elle-même. Lire à cet effet, R. NEMEUEDEU, « Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle », *RTD com.*, n° 2, 2008, p. 241 ; F.

GEORGES, « L'égalité des créanciers : un mythe ? », *Revue de la Faculté de droit de Liège*, Larcier, 2009, p. 319. La réalité est que les créanciers sont complètement inégaux en fait comme en droit. Ce qui a conduit un auteur à affirmer qu'il fallait désacraliser le principe d'égalité au profit de l'inégalité des créanciers.

³ B.Y. MARÉ, « La compensation en droit OHADA des entreprises en difficulté : certitudes et zones d'ombre », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2018, n° 4.

⁴ F. POLLAUD-DULIAN, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP G*, n° 23 du 3 juin 1998, doct. 138 ; Y. Guyon, *Droit des affaires* :

aussi d'un moyen d'atteindre l'objectif même de ces procédures⁵. Mieux, la jurisprudence⁶ reconnaît au principe d'égalité un caractère d'ordre public national et international⁷. Il trouve son origine dans l'article 2093 du Code civil français de 1804⁸ qui, lui-même est un dérivé du principe d'égalité de tous devant la loi. Selon cet article, « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* ». En effet, bien souvent, lorsqu'un débiteur est en cessation de paiement et qu'une procédure collective est ouverte contre lui, ses créanciers veulent individuellement pratiquer des mesures d'exécution forcée afin de recouvrer leurs créances, ou d'intenter une

action en justice pour faire valoir leurs droits : c'est là qu'intervient le principe⁹.

En effet, il a été donné de constater que, dans les procédures collectives, la compensation entre une créance antérieure et une créance postérieure était discutable. En droit de l'OHADA, certaines situations justifient, avec quelque certitude, l'admission de la compensation. La compensation pose ainsi tant de questions en droit des entreprises en difficulté. La compensation peut être définie comme « l'extinction simultanée de deux obligations de même nature existant entre deux personnes réciproquement créancière et débitrice l'une de l'autre »¹⁰. Il ne s'agit toutefois pas d'une notion univoque¹¹. Traditionnellement, la compensation était légale¹², judiciaire¹³ ou conventionnelle¹⁴. Si

Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite, 9^{ème} éd., t. 2, Paris, Economica, 2003, p. 32, n° 1027.

⁵ L. MESSABIEM, *Droit OHADA - Droit français : La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 215 ; V. C. NGONO NKOA, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives internationales (Étude comparative du droit OHADA et européen) », *Penant*, n° 892, juillet-septembre 2015, n° 9, p. 398.

⁶ C.A. Ouagadougou (ch. civ. et com.), arrêt n° 52 du 16 avril 2004, *Ohadata*, J-04-375 ; Cass. Fr. (1^{re} civ.), 4 février 1992, n° 90-12.569, *B.*, 38, p. 28.

⁷ B.Y. MARÉ, « La compensation en droit OHADA des entreprises en difficulté : certitudes et zones d'ombre », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2018, n° 4.

⁸ Cette disposition du Code civil français est consacrée par la législation nationale de chaque État membre de l'OHADA.

⁹ C.V NGONO NKOA, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives internationales (Étude comparative du droit OHADA et européen) ». In : *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 67 N°3, 2015. pp. 779-794 ; p. 781.

¹⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 10^{ème} éd., coll. Précis, Dalloz, 2009, n° 1390, p. 1371.

¹¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, *Les sources des obligations extracontractuelles. Le régime général des obligations*, 1^{er} éd., Bruxelles, Larcier, 2016, nos 750 et s., pp. 678 et s. ; F. GEORGE, « Compensation et insolvabilité : questions choisies », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, Bruxelles, Larcier, 2014, n° 5, p. 92.

¹² La compensation légale est celle qui résulte du Code civil - articles 1289 et s. De façon synthétique, la compensation légale consiste en l'extinction simultanée de deux dettes réciproques, fongibles, la compensation légale a lieu de plein droit. Voir M.-E. MFINI, *Régime général des obligations : notions générales*, Paris, L'Harmattan, 2021.

¹³ Quant à la compensation judiciaire, c'est celle qui est prononcée par une décision de justice. Dans ce cas, c'est l'intervention du juge qui *consacre* la compensation : la décision du juge est constitutive - et non déclarative comme dans l'hypothèse où il intervient pour *constater* une compensation légale. Dans la compensation judiciaire, le juge n'intervient généralement que pour suppléer à l'absence de liquidité - ce peut aussi être la fongibilité - d'une créance.

¹⁴ Puisque les règles relatives à la compensation légale ne sont ni impératives ni d'ordre public, les parties peuvent consentir de recourir à la compensation, alors même que toutes les conditions prévues par le Code

en droit commun la compensation est un moyen simple et efficace pour un créancier de se payer, en droit uniforme des procédures collectives, le législateur est resté muet sur le régime global de la compensation¹⁵. Une lecture attentive de l'aupc¹⁶ révisé permet de distinguer, dans les procédures d'insolvabilité, deux situations : d'une part, des cas d'admission, tacite mais certaine, de la compensation et, d'autre part, des situations où l'incertitude est le maître mot¹⁷. C'est la raison pour laquelle l'admission de la compensation en droit des procédures collectives est très souvent controversée. En réalité, la reconnaissance du mécanisme compensatoire soulève d'innombrables critiques notamment, une fragilité du principe de l'égalité entre créanciers. Ainsi, admettre, sans réserve, la compensation, dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens, serait en porte-à-faux avec le principe d'égalité¹⁸, puisqu'elle jouerait au préjudice des autres créanciers¹⁹, sans oublier le malheureux désavantage qu'elle aura d'empêcher la pétrification du patrimoine du débiteur. Mais d'un autre côté, l'application du principe d'égalité ne devrait pas être poussée à l'extrême. En outre, en dépit du principe d'égalité²⁰. La compensation permet,

en effet, au créancier qui se trouve être en même temps le débiteur de son propre débiteur d'être payé par préférence à concurrence de ce qu'il doit. Dès lors, l'examen de son application en cas de procédure collective s'impose afin de cerner exactement son impact sur l'égalité dans le concours de créancier. L'objectif de cette étude est donc de savoir si l'admission de la compensation en droit des procédures collectives ne constitue pas un obstacle au principe de l'égalité des créanciers ?

Mais, à l'analyse, force est de constater que l'admission de la compensation en droit des procédures collectives laisse subsister le principe de l'égalité entre les créanciers (I) bien que cette égalité se trouve fortement affaiblie (II).

I. La subsistance du principe égalitaire des créanciers

Le principe de l'égalité des créanciers a été affirmé à plusieurs reprises dans les procédures collectives, implicite dans certains textes, l'affirmation du principe égalitaire l'est en ces termes : les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux

civil ne sont pas remplies : c'est la compensation conventionnelle.

¹⁵ B.Y. MARÉ, « La compensation en droit OHADA des entreprises en difficulté : certitudes et zones d'ombre », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2018, n° 4.

¹⁶ Acte Uniforme portant Organisation Des Procédures Collectives d'apurement du Passif.

¹⁷ C.V. NGONO NKOA, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives internationales (Étude comparative du droit OHADA et européen) ». In *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 67 N°3, 2015. pp. 779-794 ; p. 781.

¹⁸ Dans ce sens, M. COIPEL, « Libération par le jeu de la compensation après faillite », *Rép. Not. t. 12, Le*

droit commercial et économique, livre 4, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 173 ; F. GEORGE, « Compensation et insolvabilité : questions choisies », *op. Cit.* N° 18, p. 108.

¹⁹ Même en droit commun, la compensation ne peut opérer au préjudice d'autrui (article 1298 C. civ.) *a fortiori* dans les procédures collectives caractérisées par un principe d'égalité soutenu.

²⁰ C.V. NGONO NKOA, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives internationales (Étude comparative du droit OHADA et européen) ». In : *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 67 N°3, 2015. pp. 779-794 ; p. 781.

par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence, donnent un fondement légal formel à la règle de l'égalité des créanciers car, toute convention qui tendrait à fausser le résultat du concours et donc à avantager certains créanciers au détriment des autres devrait être déclarée inopposable à la masse. Ainsi, la subsistance du principe égalitaire induite du mécanisme compensatoire dans les procédures préventives se fait sous fond d'exclusions du mécanisme de la compensation (A). Cette exclusion entraîne une suspension des poursuites individuelles (B).

A. Les exclusions du mécanisme compensatoire

L'effet principal de la compensation est d'assurer le paiement. Si dans les procédures collectives la compensation permet au créancier d'échapper à la discipline collective, elle porte, dans le même temps, atteinte à l'égalité censée gouverner les créanciers antérieurs. Afin de concilier ces deux impératifs, le droit des entreprises en difficulté, tout en excluant les formes traditionnelles de compensation²¹ a envisagé une forme originale de compensation qui n'a pour seule caractéristique que la connexité entre les créances réciproques²². Dès 1804, les rédacteurs du Code civil avaient institué la compensation²³ en vue de simplifier les

transactions. Par la suite, les juges ont admis le mécanisme dans des hypothèses qui n'entraient pas dans la définition légale : c'est la compensation judiciaire. Dans le même sens, certaines parties n'ont pas hésité à aménager le mécanisme dans leurs rapports. La compensation conventionnelle était née. La multiplication des formes de compensation répondait au même impératif qui est de garantir le paiement.

Ce mécanisme spécifique du droit des obligations qu'est la compensation a deux fonctions : un effet de paiement (double paiement abrégé²⁴) et un effet de garantie (elle offre aux titulaires des créances compensées la garantie que leurs droits seront satisfaits dans la mesure de leurs propres obligations). Il en résulte que la compensation légale, conventionnelle ou judiciaire, ne peut plus s'opérer dès lors qu'un tiers a des droits sur une des créances en cause, soit qu'il ait pratiqué une saisie-arrêt, soit que soit intervenu un mécanisme de liquidation collective, comme la faillite ou liquidation des biens²⁵.

La compensation aboutit effectivement, par son fonctionnement à autoriser un véritable paiement à l'aide d'actif se trouvant dans le patrimoine du débiteur et conduit ainsi à une dérogation directe à l'égalité entre les

²¹ Légale, judiciaire, conventionnelle.

²² B.Y. MARÉ, « La compensation en droit OHADA des entreprises en difficulté : certitudes et zones d'ombre », *Revue de droit international et de droit comparé*, 2018, n° 4.

²³ La compensation légale.

²⁴ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit. N° 602, p. 275. Voir. Aussi Ph. PÉTEL, « Le redressement de l'entreprise en liquidation », in *Études offertes à P. Catala : Le droit privé français à la fin du XXe siècle*,

Paris, Litec, 2001, pp. 903 et s. spéc. N° 1 (pour qui le droit de l'insolvabilité est purement et simplement le droit des mauvaises affaires).

²⁵ MOREAU-MARGREVE, « Évolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », loc. cit. p. 220 ; Fr. T'KINT, op. cit. p. 63. Cité par C.V. NGONO NKOA, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives internationales (Étude comparative du droit OHADA et européen) ». In *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 67 N°3, 2015. pp. 779-794 ; P. 781.

créanciers²⁶. C'est pourquoi cette disposition ainsi que le principe de l'égalité des créanciers sont invoquées pour justifier l'interdiction de principe de la compensation après naissance d'un concours sur le patrimoine de l'un des titulaires des créances réciproques²⁷. Le principe en la matière est donc l'interdiction de la compensation légale, judiciaire ou conventionnelle, après faillite. L'objectif de cette interdiction est de fixer les composantes du patrimoine du failli, et de ne plus en permettre le mouvement spontané qui s'opère au fil des opérations contractuelles. On sait d'ailleurs que, la faillite, par le dessaisissement²⁸, peut mettre fin à la fluctuation du patrimoine du failli²⁹, qui ne peut plus longtemps évoluer sans ordre, et doit, au contraire, prendre les inflexions et recevoir la destination qu'impose la loi quand les conditions de la faillite sont survenues³⁰.

Elle est dès lors interdite parce qu'elle permettrait au créancier qui en bénéficierait d'échapper à la loi du concours³¹. La compensation joue sans réserve, *a contrario*, lorsque les conditions sont réunies avant la

naissance du concours. Mais, étant donné qu'elle favorise ainsi un créancier par rapport à d'autres, elle sera inopérante si les parties l'ont organisée artificiellement : leur précipitation injustifiée serait jugée fautive en soi. Une doctrine abondante relève qu'appliquée rigoureusement, l'interdiction de toute compensation serait choquante dans nombreuses situations et heurterait parfois l'équité, en rompant l'équilibre que les parties avaient voulu établir entre leurs prestations respectives³². C'est pourquoi une jurisprudence traditionnelle et constante a admis, dans certaines limites strictement tracées, la compensation après faillite, dont les effets affaiblissent l'égalité dans le concours³³.

Cette compensation éventuelle va plus loin, comme on le verra, qu'une quelconque exception d'inexécution, car il ne s'agit pas d'une suspension d'exécution mais d'une extinction réciproque de dettes qui, ont entre elles un certain lien. Il s'agit d'un véritable mécanisme préférentiel qui réduit l'actif du failli, déroge à l'égalité entre les créanciers et

²⁶ V. OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », *loc. cit.*, p. 380

²⁷ V.M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 185. . Cité par C.V. NGONO NKOA, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives internationales (Étude comparative du droit OHADA et européen) ». In *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 67 N°3,2015. pp. 779-794 ; P. 781

²⁸ Voir. Souleymane TOE et M.-E. MFINI, « Le dessaisissement du débiteur dans les procédures collectives d'apurement du passif en droit OHADA », *Revue africaine de droit des affaires*, n° 1, 2023.

²⁹ Voir M.-E. MFINI, « Le créanciers menu de suretés réelle faces à la procédure collective OHADA », *Revue Africain de droit bancaire et boursier*, Vol.III, N°010-avril- juin 2023.

³⁰ *Idem*, p. 187.

³¹ V.J. VAN RYN et J. HEENEN, principe de droit commercial, 2^{ème} éd.t.1. In *Revue international de droit*

comparé. Vol. 29N°2avril-juin, p. 243. Cité par C.V. NGONO NKOA, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives internationales (Étude comparative du droit OHADA et européen) ». In *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 67 N°3,2015. pp. 779-794 ; P. 781.

³² V.J. VAN RYN et J. HEENEN, « Principes de droit commercial », 2^{ème} éd.t.1. In *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 29, N°2 avril-juin, p. 243, I. VEROUGSTRAETE et al, *Manuel de la continuité et de la faillite*, éd.2003, Fr. T'KINT « Le concours des créanciers d'une société en liquidation », revue pratique des sociétés, 1977, 161.

³³ Cass. Fr (com.) 24 octobre 1995, N°93/13.229, RTDcom 1996 P.346 ;

Cass. Com. 19 mars 1991, N°89-17.083, Bull. Civ ; Cass. Com, 21 février W2012, N°11-18.0271, Bull. Civ.

soustrait donc le créancier qui bénéficie de la loi du concours. Ainsi, la compensation est d'abord admise après naissance du concours (notamment, en cas de faillite) chaque fois qu'existe entre les dettes réciproques une relation tellement étroite, un « lien d'interdépendance³⁴ » tels qu'il ne serait guère acceptable de faire obstacle à la fonction de garantie qu'elle remplit incontestablement. La compensation est valable entre parties dès la réunion des conditions qui la provoquent et est, sans formalité particulière, opposable aux tiers. La créance compensée disparaît entre parties et au même instant, cesse d'exister pour les tiers, qui en trouvent appauvri le patrimoine de leur titulaire. Son effet ne peut, dans ce cas, qu'affaiblir l'égalité dans le concours : elle confère, en effet, au créancier en état de s'en prévaloir une préférence par rapport aux autres puisqu'il ne devra pas payer sa propre dette et participer, pour sa créance, à la loi du concours.

B. La suspension des poursuites individuelles

Dans sa forme la plus complète, la discipline collective entraîne, à l'égard des créanciers antérieurs : la suspension des poursuites individuelles. Il résulte de l'article 75 de

l'aupc que l'ouverture des procédures collectives suspend ou interdit automatiquement toutes les poursuites individuelles des créanciers à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitime de préférence³⁵. Cela signifie que lorsque les poursuites ne sont pas encore exercées, elles ne pourront plus l'être, alors que lorsqu'elles sont en instance, elles devront être interdites³⁶.

Son fondement repose sur l'idée selon laquelle il faut assurer la discipline collective de tous les créanciers en leur refusant le droit d'agir individuellement au risque d'installer l'anarchie dans le patrimoine de leur débiteur commun³⁷. À l'origine, le législateur établissait une discrimination entre les créanciers chirographaires et les créanciers munis de sûretés³⁸. C'est ainsi que dans la législation antérieure, seuls les créanciers munis de sûretés échappaient à la règle de la suspension des poursuites individuelles.

À l'heure actuelle, le droit communautaire a considérablement innové la règle de la suspension des poursuites individuelles en rétablissant l'égalité stricte entre toutes les catégories de créanciers chirographaires ou munis de sûretés. Il concerne les actions en justice exercées par les créanciers ainsi que

³⁴ À propos de l'interdépendance contractuelle lire L. THIBIERGE, « Interdépendance : la politique du surplus ? », In *Lexbase la lettre juridique* N°863 du 29 Avril 2021., S. BROS, *L'interdépendance contractuelle*, thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris 2, 2001., S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle : contribution à l'étude des ensemble de contrat*, thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris 2, 2005., E. BENHAMOU, *L'interdépendance contractuelle, Mémoire en Droit*, Université de Grenoble Alpes, 2018.

³⁵ Voir M.-E. MFINI, « Le créancier menu de sûreté réelle face à la procédure collective OHADA », *Revue*

Africain de droit bancaire et boursier, Vol. III, N°010-avril- juin 2023.

³⁶ A. KANTÉ, « Réflexion sur le principe de l'égalité entre créanciers dans le droit des procédures collective d'apurement du passif OHADA », ohadata D-06-47.

³⁷ A. BEMELINGUE, « Retour sur la finalité de la discipline collective des créanciers d'une entreprise sujette à une procédure collective en droit OHADA », ohadata D-21-

³⁸ Voir M.-E. MFINI, « Le créancier de sûreté réelle dans le droit OHADA des procédures collectives », *Revue Africaine de droit bancaire et boursier*, n° 10, 2023.

les voies d'exécution engagées par les créanciers. En premier lieu, les actions en justice concernées sont celles qui tendent à faire reconnaître les droits et des créances à l'issue de la décision d'ouverture des procédures collectives. L'application de la règle issue de l'article 75 al. 1 de l'aupc précité, révèle que ces actions en justice tendent soit à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement du prix, soit à des actions tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent. Il s'y ajoute, d'une part, que les actions qui ont été intentées doivent faire l'objet d'une interruption d'instance et que, d'autre part, la règle de la suspension s'applique aux actions civiles exercées devant les juridictions répressives³⁹. Par ailleurs, dans le souci de faciliter les opérations de l'actif, il est prévu un cas de suspension provisoire des poursuites individuelles. En effet, le droit individuel de poursuite du trésor et des créanciers munis de sûretés réelles spéciales est suspendu jusqu'à l'expiration d'un délai de trois (03) mois suivant le jugement prononçant la liquidation des biens.

Après avoir délimité le domaine de la suspension des actions en justice, il convient d'examiner leur complément naturel, à savoir le domaine des voies d'exécution concernées par la règle de la suspension des poursuites individuelles. En second lieu, la suspension ou l'interdiction des voies d'exécution engagées par les créanciers s'appuie sur la

même disposition légale s'appliquant aux actions en justice. De façon générale, toutes les voies d'exécution restent soumises à la rigueur de la suspension ou de l'interdiction lorsqu'elles sont engagées par les créanciers à l'issue de l'ouverture de la procédure collective.

Cette suspension ou cette interdiction s'appuie tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur. Peu importe la nature de la voie d'exécution. Sont concernées la saisie-attribution, les saisies conservatoires, la saisie-vente, la saisie immobilière, etc. ; l'essentiel est qu'aucune voie d'exécution ne peut plus être entreprise et que les voies d'exécution déjà entreprises ne pourront plus prospérer après l'ouverture de la procédure.

L'admission de la compensation, corollaire nécessaire du concours et gage de protection des créanciers en concours, l'égalité passe cependant, dans la procédure de faillite ou liquidation des biens, pour un principe relatif dont la portée diminue.

II. L'effritement de la démarche égalitaire des créanciers en droit OHADA des entreprises en difficultés : l'admission de compensation par connexité

La compensation est considérée comme une garantie de paiement sans être une sûreté⁴⁰. Elle permet à un créancier d'obtenir satisfaction en se payant ce qu'il doit lui-même à son débiteur⁴¹. Cette forme de paiement est interdite dans les procédures

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ F. ANOUKAHA, A. Cisse-Niang, M. FOLI, J. ISSA SAYEGH, I.Y. NDIAYE et M. SAMB, *OHADA Sûretés*, Bruylant Bruxelles, 2002, p. 79 et s ; F. GEORGES « Compensation et insolvabilité : questions choisies », in *Chronique de jurisprudence sur les*

causes d'extinction des obligations (2000-2013), Bruxelles, Larcier, 2014, n° 5, p. 92.

⁴¹ Y.R. KALIEU ELONGO, « Le cautionnement in *POUGOUE (P.G.)*, (dir) *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011 p. 515 ; M. SAMB, « Le droit de rétention », in *POUGOUE (P.G.)*, (dir) *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011 p. 717.

collectives.⁴² En effet, le jugement d'ouverture emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement et postérieurement au jugement d'ouverture⁴³. Le jeu compensatoire en droit des procédures collectives OHADA constitue une entrave pour le sauvetage de l'entreprise et pour l'égalité des créanciers⁴⁴. Toutefois, en dépit de l'interdiction de paiement par le jeu compensatoire prévu à l'article 68 alinéa 4 de l'aupc⁴⁵, la pratique, surtout la jurisprudence française⁴⁶ admet la compensation malgré l'ouverture du jugement, des créances réciproques et connexes. Dès lors, face au silence du législateur OHADA et au fonctionnement d'un tel mécanisme, l'on s'en réfère à la doctrine contemporaine pour mieux comprendre le jeu compensatoire entre une créance antérieure régulièrement déclarée au passif et/ou une dette postérieure mais aussi entre une dette antérieure et une créance postérieure. Il devient utile de s'interroger sur la nécessité d'un tel mécanisme (A). Dès cet

instant, cette admission constitue une réelle exception à la garantie de l'égalité des concours des créanciers (B).

A. La nécessité du paiement des créances connexes

Il a été démontré qu'en raison de la connexité, une créance postérieure et une dette antérieure à l'ouverture du jugement peuvent être compensées dans les procédures collectives⁴⁷. Il semble résulter de l'intention du législateur qui se dégage de certaines dispositions de l'aupc (articles 68, 102 et 109) que la compensation après le jugement d'ouverture doit être reconnue par l'aupc dès qu'il y'a une connexité. Toutefois, cette compensation particulière n'a jamais fait l'objet à notre sens d'une jurisprudence récente dans le cadre des procédures collectives OHADA. L'originalité de cette compensation par connexité se démontre par l'incertitude de la nature de cette compensation mais aussi des situations justifiant une compensation par connexité

⁴² Il y'a un blocage du patrimoine du débiteur et obligation de traiter les créanciers au même pied d'égalité. Le jeu de compensation peut entraîner une rupture de l'égalité, principe cher en droit des procédures collectives. Lire dans ce P. ROUSSEL-GALLE, « OHADA et difficultés des entreprises. Étude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure du règlement préventif », *Revue de jurisprudence commerciale*, février-mars 2001, p. 1 et S.

⁴³ En ce sens, lire l'article 11-1 de l'AUPC de 2015 qui dispose « - Sauf autorisation motivée du président de la juridiction compétente, la décision d'ouverture du règlement préventif interdit au débiteur, à peine de nullité de droit : de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision d'ouverture ».

⁴⁴ L'effet du mécanisme compensatoire consiste à amoindrir l'actif de l'entreprise en privant la

collectivité des créanciers du recouvrement de leur créance.

⁴⁵ Art.68-4 - « Sont inopposables de droit à la masse des créanciers s'ils sont faits pendant la période suspecte : 4° tout paiement de dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effet de commerce, virement, prélèvement, carte de paiement ou de crédit ou compensation légale, judiciaire ou conventionnelle de dettes ayant un lien de connexité entre elles ou tout autre mode normal de paiement ou communément admis dans les relations d'affaires du secteur d'activité du débiteur ; ».

⁴⁶ Cass. Fr (com.) 24 octobre 1995, N°93/13.229, RTDcom 1996 P.346 ;

Cass. Com. 19 mars 1991, N°89-17.083, Bull. Civ.

Cass. Com, 21 février W2012, N°11-18.0271, Bull. Civ.

⁴⁷ J-E. KUNTZ, V. NURIT, « Le paiement de dettes connexes et le principe de l'égalité des créanciers : une éternelle incompatibilité », in *Bulletin Joly Entreprises en Difficultés*, Mai-Juin 2011, p. 160.

entre les créances en cas d'ouverture de la procédure collective.

L'originalité de la compensation par connexité. Tout d'abord, la notion de connexité peut sembler perplexe. Elle s'appréhende comme un lien étroit ou une interdépendance entre deux choses⁴⁸. Ainsi, les créances dites connexes renvoient à un lien étroit unissant deux créances nées d'un même rapport de droit qui les rend compensable malgré l'ouverture d'une procédure collective. Exemple : la connexité entre la dette du reliquat du prix et la créance d'indemnité de retard. La compensation par connexité s'apparente à une modalité à la compensation légale, tantôt comme une compensation judiciaire, et voire autonome⁴⁹. Cette compensation particulière s'affranchit des conditions de liquidité et d'exigibilité⁵⁰ et elle ne dépend pas du pouvoir d'appréciation souverain d'un juge⁵¹. La compensation par connexité est une notion distinctive des autres formes de compensation de droit commun en ce qu'elle peut porter atteinte aux droits acquis par les tiers⁵² d'une part et d'autre part, en ce qu'elle s'affranchit des conditions de droit commun car, la connexité devient la seule condition efficace et suffisante pour son opérabilité⁵³.

Ainsi, l'on peut relever qu'il s'agit d'une compensation autonome car, pour que cette compensation soit efficace, la seule condition nécessaire et suffisante est la connexité entre les diverses créances⁵⁴. Cette connexité doit relever du pur hasard, c'est à dire involontaire. La doctrine invoque parfois le caractère naturel, réel ou même légal de la connexité, même si elle peut aussi émaner de la volonté des parties⁵⁵. C'est dans ce sens, que la doctrine fait une distinction entre la connexité objective et subjective pour une compensation entre les créances connexes. Quoiqu'il en soit la connexité doit avoir un caractère objectif c'est-à-dire, elle ne doit pas être créée de toute pièce par les parties⁵⁶.

Ainsi, de manière générale, avant toute ouverture de la procédure collective, la compensation de droit commun est censée être appliquée, étant donné que c'est elle qui prévaut. Mais après l'ouverture de la procédure collective, que ce soit dans le règlement préventif, le redressement judiciaire et même la liquidation des biens, en raison de la pérennisation des intérêts en présence et de la suspension des poursuites individuelles⁵⁷, la compensation, exception admise est celle des créances connexes. Par le truchement de l'équité (dans le règlement

⁴⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, 13e éd., coll. Précis, Dalloz, 2018, n° 1390, n° 1404, p. 1384.

⁴⁹ Y.B. MARE, « La compensation en droit OHADA des entreprises en difficultés : Certitudes et zones d'ombre », op.cit., p. 523 ;

⁵⁰ A-M. SERF, « Compensation des créances connexes », *RTD Com.*, 2009, 04, pp. 807.

⁵¹ Cass. Civ., 3^e, 7 janvier 2021, n° 19-20.898, *Actualités Dalloz du 04 février 2021 : dettes connexes, leur compensation s'impose au juge.*

⁵² G. DUBOC, *La compensation et les droits des tiers*, thèse de Doctorat, université de Nice, 1987, P. 45 et s ;

⁵³ Y.B. MARE, « la compensation en droit OHADA des entreprises en difficultés : Certitudes et zones d'ombre », op.cit., p. 524.

⁵⁴ R. LIBCHABER, « persistants mystères : la compensation des dettes connexes », *Revue des contrats*, 01/09/2015 n°3, p. 482.

⁵⁵ Ph. SAWADOGO, « Les effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur », op.cit., p. 763.

⁵⁶ M. GREGOIRE (M.), *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, op. cit., n° 599, p. 448.

⁵⁷ A-D. TJOUEN « La graduation des finalités en droit OHADA des entreprises en difficulté », *La lettre*

préventif) et du principe d'égalité (dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens), il est possible d'aboutir à un régime uniforme, cohérent et logique de la compensation dans *toutes* ces procédures, et qui consiste à admettre la compensation en cas de connexité⁵⁸ en droit des entreprises en difficultés OHADA.

Les situations induisant une compensation par connexité. Après l'interdiction des poursuites individuelles du débiteur, des situations peuvent justifier l'admission de la compensation des créances connexes. La fonction de la garantie de la compensation augmente en efficacité ou les créances réciproques sont unies par un lien de connexité qui oblige le débiteur d'invoquer la compensation alors même que les conditions de la compensation légale ne soient remplies⁵⁹. Elles peuvent s'analyser dans deux conditions concrètes. En dépit d'une position concrète de la CCJA dans ce sens, l'emprunt de la position française pour analyser les situations pouvant induire une compensation après le dessaisissement du débiteur serait indispensable. Ainsi, les solutions dégagées par la jurisprudence permettent de distinguer les cas de connexité

selon que les créances sont rattachées à un même compte ou un même contrat.

En ce qui concerne, la connexité des créances portées sur un même compte, l'exemple du compte courant est fort illustratif dans la mesure où il est admis que les effets de commerce escomptés par inscription au compte peuvent être contrepassés en cas de non-paiement après l'ouverture d'une procédure collective⁶⁰. Le créancier bénéficie d'une situation préférentielle par rapport aux créanciers de la masse⁶¹. Cette solution est aussi admise dans le cas des autres comptes autre que le compte courant dès lors qu'il y a existence d'un lien de connexité. On peut relever les autres comptes comme les comptes de liquidation de société, les comptabilités des entreprises, le compte du report des dettes dans le partage des successions et indivisions⁶².

Relativement aux créances réciproques se rattachant à un même contrat, deux grandes situations méritent de retenir l'attention. Tout d'abord, les créances réciproques dérivant d'un même contrat et résultant d'obligations synallagmatiques entre les parties. En raison de la théorie de la cause⁶³, l'exécution

juridique, n° 710 du 07 septembre 2017 : entreprises en difficulté.

⁵⁸ Ph. SAWADO, « Les effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur », op.cit., p. 763.

⁵⁹ D. OWANA-ATANGANA, *Le sort des créanciers d'un débiteur en difficultés en droit OHADA à la lumière du droit français : L'égalité en question*, thèse de Doctorat, Université Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2020-2021, p.

⁶⁰ Ph. SAWADO, « Les effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur », op.cit., p. 762 ; Cass. Com. 19 avril 2005, n° 03-13787, cass. Com. 9 avril 2013, n°12-14356. Cette solution est considérée comme reposante sur un lien de connexité que le compte courant établit entre l'escompte des

effets en compte et la créance résultante du non-paiement de l'effet à son échéance. La contrepassation de l'effet vaudra ou ne vaudra pas paiement en fonction du solde existant à l'échéance.

⁶¹ A. KANTE, « Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », EDJA n° 56, [www.ohada.com/ohadata D-06-47](http://www.ohada.com/ohadata/D-06-47), consulté le 12 juin 2023.

⁶² Cass. Civ., 10 décembre 1946, Dalloz 1947.87, in *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Commerciale*, p. 496.

⁶³ A. BENABENT, *Droit Civil, Les obligations*, 6^e éd., 2007, p. 119. La cause c'est la raison pour laquelle les parties ont décidé de s'obliger au sens de la fin qu'elles ont recherché.

correcte de chacune des prestations croisées sert de cause de connexité entre ces créances⁶⁴. Par exemple sont jugées connexes et se compenseront de manière involontaire, les créances entre le loyer du bailleur et la créance de restitution de dépôt de garantie du locataire en fin de bail ou les créances d'un distributeur au titre de ventes et celles du contractant au titre de ristournes sur achats⁶⁵. Par ailleurs, Il en est de même d'une créance de dommages et intérêts découlant de la mauvaise exécution d'un contrat qui se compensera avec les factures dues au même titre du même contrat⁶⁶. Pour aller plus loin, l'admission de la connexité d'une créance de dommages et intérêts est plus large au point où l'on admet une connexité entre une créance contractuelle et délictuelle de réparation, née à l'exécution du contrat.⁶⁷ Ces diverses hypothèses concernent une compensation par connexité entre une dette antérieure et une créance postérieure à l'ouverture de la procédure collective.

B. Une exception pénalisante à la garantie de l'égalité des créanciers

À l'ouverture de la procédure collective, les créanciers sont regroupés et soumis à un ensemble de règles destinées à les discipliner afin que leur paiement se fasse dans l'égalité et dans la justice⁶⁸. Dans ce sens, ils sont réunis en masse, dans le but de canaliser

toutes les actions dans un intérêt commun à travers la suspension des poursuites individuelles⁶⁹. Il s'agit de la discipline collective. Toutefois certains mécanismes préférentiels parfois d'origine légale ou même volontaire affaiblissent gravement le principe de l'égalité dans le concours mais rompent également l'égalité des créanciers dans le paiement⁷⁰. Si les procédures collectives OHADA semblent hostiles au paiement des créances antérieures, c'est en raison d'une probable atteinte à la situation des créanciers *in globo*. Car, le débiteur en difficulté ne pouvant payer aucun de ses créanciers, il devrait en principe payer aucun dans l'immédiat. Sinon il y'aura une rupture de l'égalité dans le paiement des créanciers. Dans ce sillage, la reconnaissance d'une compensation des créances connexes après la suspension des poursuites individuelles participe grandement à l'affaiblissement du principe de l'égalité du créancier.

Il faut bien intégrer que la compensation permet au créancier d'être payé par ordre de préférence à concurrence de ce qu'il doit, il bénéficie donc d'un paiement qui déroge de la règle de l'égalité des créanciers. Ce mécanisme s'avère avantageuse puisqu'il permet un règlement rapide de créances impayées. Ce dernier bénéficie d'un atout favorable, car il serait simplement exclu

⁶⁴ Ph. PERNAUD –ORLIAC, « La compensation », pernaud.fr/info/glossaire/9206653/compensation mis en ligne le 28 mai 2023.

⁶⁵ Cass. Com., 18 février 2003, n° 00-13.369.

⁶⁶ Cass. Com., 18 janvier 2015, n°13-18.656 ; Cass. Civ. 3^e, 28 septembre 2022, n°21-12632.

⁶⁷ Ph. SAWADO, « Les effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur », op.cit., p.763

⁶⁸ D-R. KOUAMO, *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives en droit OHADA*, mémoire de

Master 2, université d'ABOMEY –CALAVI, 2011-2012, p. 13.

⁶⁹ I. NDAM, « La protection de l'intérêt des créanciers par la réforme du droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif », *La lettre juridique*, n° 781 du 25 avril 2019, p.32.

⁷⁰ C-V. NGONO NKOVA, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives internationales (étude comparative du droit OHADA et européen) », in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2015, 67-3, pp. 781.

puisqu'il ne participera ni à l'adoption du plan de sauvetage, ni aux répartitions issues de la réalisation de l'actif du débiteur⁷¹. L'enjeu de l'admission de la compensation est tellement grand qu'il devient nécessaire de s'interroger sur son opportunité au regard de la finalité de toute procédure collective. La compensation par connexité en droit des procédures OHADA est ainsi partagée entre un souci de préservation de l'égalité et de la conservation de la fonction de garantie du paiement⁷².

Ainsi, il s'agit d'un véritable mécanisme préférentiel qui affecte négativement l'actif du failli et en soustrait le créancier soumis à la discipline collective⁷³. La reconnaissance de la compensation des créances devient préjudiciable au sauvetage de l'entreprise, finalité première de toute procédure collective⁷⁴. Ce qui conduit nécessairement à rejeter l'argument de l'équité justifiant la reconnaissance d'une compensation des créances connexes. Le mécanisme

compensatoire s'avère tellement puissant et diligent, en revanche il est peu encadré car seule la connexité suffit à sa mise en œuvre contrairement aux autres formes qui nécessitent la réunion des conditions rigoureuses⁷⁵. Le laxisme et l'extension de la notion de connexité entraînent une infinie possibilité de situations éligibles à la compensation des créances connexes créant ainsi un préjudice aux créanciers de la masse mais aussi à la pérennisation de l'activité de l'entreprise⁷⁶. En outre, contrairement aux autres ordres préférentiels à l'instar du privilège de new money⁷⁷, la compensation n'apporte pas son soutien au débiteur en difficulté mais affecte sa trésorerie.⁷⁸ Au regard de tout ceci, l'admission de la compensation des créances connexes constitue non seulement une exception à l'égalité des créanciers mais aussi au sauvetage de l'entreprise.

Conclusion

⁷¹ P. KABE EBANGA, « la nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans droit des affaires OHADA », *J P*, n° 50, 2002, p. 109 ; H.K. DECKON, « Refus d'homologation, homologation et concordat », *Revue Togolaise des Sciences Juridiques*, n° 5- janvier-décembre 2013, p.8.

⁷² Comme l'explique un auteur, des garanties efficaces profitent aussi bien aux créanciers qu'elles protègent qu'aux débiteurs dont elles accroissent les possibilités de financement à moindre coût. Voir. L. BLACK YONDO, M. BRIZOUA-BI, O. FILLE LAMBIE, L-J. LAISNEY, A. MARCEAU-COTT, P. CROCQ, (dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, coll. Lamy axe Droit, Lamy, 2012, p. 29.

⁷³ J-E. KUNTZ, V. NURIT, « Le paiement des dettes connexes et le principe de l'égalité des créanciers : une éternelle incompatibilité », *Bulletin Joly entreprises en difficulté*, mai-juin 2011, p. 162.

⁷⁴ A-D. TJOEN, « La graduation des finalités en droit OHADA des entreprises en difficulté », *La lettre*

juridique, n° 710 du 07 septembre 2017 : entreprises en difficulté.

⁷⁵ M. PEDAMON et O. CARMET, « La compensation dans les procédures collectives de règlement du passif », *D.*, 1976, chron. 123.

⁷⁶ J-E. KUNTZ, V. NURIT, « Le paiement des dettes connexes et le principe de l'égalité des créanciers : une éternelle incompatibilité », *op.cit.*, p. 162.

⁷⁷ R. ASSONTSA et H. SILIENOU, « l'introduction du privilège de « new money » en droit OHADA des procédures collectives », *Unif. L. Rev.*, vol. 22, 2017, pp. 552-579. Il a été institué pour inciter les créanciers qui apportent de l'argent frais ou un apport à la trésorerie en vue d'assurer la continuité de l'activité de l'entreprise à participer à l'accord ou au concordat afin de bénéficier d'un traitement préférentiel parmi les créanciers de la masse.

⁷⁸ R. NEMEDEU, « Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle » - Étude à la lumière du droit français et OHADA des entreprises en difficulté - - *RTDCom*. 2008 p. 241 à 274.

Le principe d'interdiction de payer les créances antérieures au jugement déclaratif peut s'opposer au jeu de la compensation. La compensation qui a opéré avant l'ouverture d'une procédure curative et, donc, conformément au droit commun, c'est-à-dire de façon légale, judiciaire ou conventionnelle, et sans besoin de connexité est admise : il s'agit d'un droit acquis au créancier. Quant aux créances postérieures, elles échappent aux contraintes du redressement judiciaire et de la liquidation des biens. Par conséquent, elles peuvent se compenser sans limite : avec d'autres créances postérieures et/ou des créances antérieures ; et sans besoin de connexité : la compensation des créances postérieures est donc légale, judiciaire ou conventionnelle. La difficulté devient intéressante après l'ouverture de la procédure collective. Ainsi, le mécanisme compensatoire entre les créances postérieures et dettes antérieures après tout jugement de procédure y est en principe interdite. L'égalité des créanciers est un principe indispensable en droit des procédures collectives OHADA puisqu'elle participe à une pérennisation de la finalité essentielle d'une procédure notamment la sauvegarde de l'entreprise dans l'intérêt général. De ce principe, découle en particulier les règles relatives à la discipline collective et la suspension des poursuites individuelles. Toutefois, l'interdiction de la compensation des créances antérieures avec des créances postérieures ne reçoit pas de solution certaine. Dans ce sens, la connexité entre ces créances semble permettre de faire jouer la compensation, ce qui exclut, de fait, que la compensation puisse être légale, judiciaire ou conventionnelle. Ce processus de paiement rompt l'égalité normalement de mise entre les

créanciers de même rang. Cette possibilité de compensation par connexité marque une véritable exception au principe de l'égalité des créanciers puisqu'un créancier quelconque se fera payer en priorité sur tous les autres et sans égard des règles habituelles de répartition. Apparaît une certaine inadéquation entre l'impact potentiel de cette exception sur la finalité du principe de l'égalité des créanciers.